This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 24. 1904

System des Deutschen Bürgerlichen Rechts

II.

System

des

Deutschen Bürgerlichen Rechts

Von

Carl Crome

Dr. Carl Crome,

o. Professor der Rechte an der Universität Bonn.

Zweiter Band.

Recht der Schuldverhältnisse.

Tübingen und Leipzig
Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)
1902.

Die Verlagsbuchhandlung behält sich das Recht der Uebersetzung in fremde Sprachen vor.

Rec. Mar. 24, 1904.

C. A. Wagner's Universitäts-Buchdruckerei, Freiburg i. B.

Inhalts-Verzeichniß.

Zweites Buch.
Recht der Schuldverhältnisse.
Erster Abschnitt.
Allgemeines Schuldrecht.
Erstes Kapitel.
Begriff und Entstehung der Schuldverhältnisse.

Seite

I. Begriffsbestimmung.

§ 138. A. Schuldverhältniß (Obligation) 1
§ 139. B. Personenmehrheit? 9
§ 140. C. Unvollkommene Schuldverhältnisse 14
§ 141. D. Schuldverhältnisse auf ideale Güter 18
§ 142. E. Bewirkung der Leistung nach Treu und Glauben 21

§ 143. II. Entstehungsgründe 24

Zweites Kapitel.
Inhalt der Schuldverhältnisse.

§ 144. I. Die Leistung. — Surrogate und Nebenvortheile des zu leistenden Gegenstandes 27

§ 145. II. Allgemeine Eigenschaften der Leistung 32

§ 146. III. Bestimmtheit des Gegenstandes 39

IV. Verschiedenheiten des Leistungsgegenstandes.

§ 147. A. Gattungsschuld 46
§ 148. B. Geldschulden 53
§ 149. C. Zinsen 55
D. Schadensersatz.
§ 150. 1. Begriff und Entstehungsgründe 63
§ 151. 2. Arten und Umfang des Schadensersatzes 66
§ 152. Fortsetzung: die Buße 85
§ 153. E. Wahlschulden 89

V. Sonstiger Inhalt des Schuldverhältnisses.

§ 154. A. Vollständigkeit. — Subjekt der Leistung 99

Seite

B. Ort und Zeit der Leistung.
§ 155. 1. Leistungsort 102
§ 156. 2. Leistungszeit 108
§ 157. C. Haftung des Schuldners für die Leistung 116
D. Folgen der Nichtleistung.
1. Ausbleiben der Leistung. Nichterfüllung.
§ 158. a) Wegen eintretender Unmöglichkeit 121
§ 159. b) Gleichstehende Fälle 128
2. Verzögerung der Leistung.
§ 160. a) Allgemeine Wirkungen. Rechtshängigkeit der Forderung ꝛc. 132
b) Verzug des Schuldners.
§ 161. α. Voraussetzungen 135
§ 162. β. Wirkungen 140
E. Verzug des Gläubigers.
§ 163. 1. Voraussetzungen 144
§ 164. 2. Wirkungen 152
§ 165. F. Beendigung der Säumnißfolgen 156

Drittes Kapitel.

Schuldverhältnisse aus Verträgen.

I. Von den Schuldverträgen.
§ 166. A. Allgemeine Erfordernisse 158
§ 167. B. Arten der Schuldverträge 164

II. Inhalt der Schuldverhältnisse aus gegenseitigen Verträgen.
§ 168. A. Das Prinzip der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung in diesen Verträgen 169
B. Folgen der Nichtleistung von einer Seite.
§ 169. 1. Einrede des nicht erfüllten Vertrages 171
§ 170. 2. Eintretende Unmöglichkeit der einen Leistung und gleichstehende Fälle 177
§ 171. 3. Leistungsverzug der einen Partei 186
§ 172. 4. Besonderheiten bei Fixgeschäften 190
§ 173. C. Gewährleistung für versprochene Veräußerung oder Belastung von Gegenständen 193

III. Besondere Verabredungen.
A. Bedungener Rücktritt vom Vertrage.
§ 174. 1. Begriff und Wirkungen des Rücktrittsrechts 197
§ 175. 2. Zulässigkeit des Rücktritts 202
§ 176. 3. Rücktritt gegen Reugeld 206
§ 177. B. Draufgabe 207
§ 178. C. Vertragsstrafe 210
D. Verträge auf Leistung an und durch Dritte.
§ 179. 1. Begriff und Bedeutung dieser Verabredungen . . . 220
§ 180. 2. Verträge mit selbständiger Berechtigung des Dritten . 224

Viertes Kapitel.

Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ 181. Uebersicht der verschiedenen Erlöschungsgründe 229

I. Erfüllung.
§ 182. A. Ordnungsmäßige 231

Seite

B. Hülfsmittel.

§ 183. 1. Bei Zahlungsunfähigkeit und Insolvenz des Schuldners 242

2. Anfechtung von Rechtshandlungen seitens der Gläubiger.

§ 184. a) Allgemeiner Umfang und Inhalt des Anfechtungsrechts 248

§ 185. b) Die einzelnen Anfechtungsgründe 256

§ 186. C. Rechtswohlthaten für bedrängte Schuldner 259

II. Erfüllungssurrogate.

§ 187. A. Leistung an Erfüllungsstatt und Erfüllungs halber. Delegation 262

§ 188. B. Schuldumwandelung (Novation) 268

C. Oeffentliche Hinterlegung zur Schuldbefreiung.

§ 189. 1. Begriff und Voraussetzungen 273

§ 190. 2. Wirkungen der Hinterlegung 281

D. Aufrechnung.

§ 191. 1. Begriff und Vollzug der Aufrechnung 287

§ 192. 2. Voraussetzungen. Aufrechenbarkeit 292

§ 193. 3. Wirkungen der Aufrechnung 298

§ 194. 4. Prozessualische und konkursmäßige Aufrechnung . . . 302

III. Sonstige Befreiung des Schuldners.

§ 195. A. Erlaß 309

§ 196. B. Wegfall der Subjekte 316

Fünftes Kapitel.

Uebergang von Schuldverhältnissen auf andere Subjekte.

I. Uebertragung der Forderungen (Cession).

§ 197. A. Begriff, Arten und Elemente der Uebertragung 319

B. Von der freiwilligen Abtretung insbesondere

§ 198. 1. Voraussetzungen 324

§ 199. 2. Vollzug der Abtretung 328

§ 200. 3. Wirkungen der Abtretung 335

§ 201. C. Uebertragung kraft Gesetzes. Subrogation 342

II. Schuldübernahme.

§ 202. A. Begriff, Voraussetzungen und Vollzug der Uebernahme . . 349

§ 203. B. Wirkungen der Schuldübernahme 356

C. Besondere Fälle.

§ 204. 1. Uebernahme von Hypothekenschulden 359

§ 205. 2. Vermögensübernahme 364

Sechstes Kapitel.

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

§ 206. I. Theilschuldverhältnisse—Gesammtschuldverhältnisse 368

II. Die gesetzlichen Gesammtschuldverhältnisse.

§ 207. A. Gesammtschulden 378

§ 208. B. Gesammtforderungen 386

§ 209. III. Schuldverhältnisse auf untheilbare Leistungen 392

Seite

Zweiter Abschnitt.

Einzelne Schuldverhältnisse.

§ 210. Vorbemerkung 396

Erstes Kapitel.

Verfügungsgeschäfte.

I. Der Kauf.

§ 211. A. Begriff und Abschluß 398
B. Inhalt des Kaufgeschäfts.
§ 212. 1. Im Allgemeinen 406
§ 213. 2. Gefahrtragung 414
§ 214. 3. Nutzungen und Lasten des Kaufgegenstandes 420
C. Verpflichtungen der Parteien.
§ 215. 1. Verpflichtungen des Käufers 421
2. Verpflichtungen des Verkäufers.
§ 216. a) Ueberhaupt 427
§ 217. b) Von der Verpflichtung zur Uebergabe 429
c) Von der Verpflichtung zur Rechtsverschaffung.
§ 218. α. Inhalt 432
§ 219. β. Fortsetzung. Rechtsgewährleistung des Verkäufers 437
d) Gewährleistung wegen Mängel der Sache.
§ 220. α. Gesichtspunkt und Allgemeines dieser Haftung . 443
β. Die Mängelhaftung in gewöhnlichen Fällen.
§ 221. αα. Die Gewährsmängel. Kritischer Zeitpunkt 453
§ 222. ββ. Die Gewährleistungsansprüche 458
§ 223. γγ. Verjährung der Ansprüche. Gewährschafts-einrede und Aufrechnung 473
§ 224. γ. Gewährleistung beim Viehhandel 476
D. Besondere Arten des Kaufs.
§ 225. 1. Kauf nach Probe 483
§ 226. 2. Kauf auf Probe 485
§ 227. 3. Wiederkauf 488
§ 228. 4. Vorkauf 493

§ 229. II. Kaufähnliche Geschäfte 500

III. Die Schenkung.

§ 230. A. Begriff und Abschluß 503
§ 231. B. Verpflichtungen des Schenkers 513
§ 232. C. Schenkung mit Auflage 518
§ 233. D. Anfechtung ꝛc. Rückforderung und Widerruf von Schenkungen 523

Zweites Kapitel.

Ueberlassung von Gütern zu Gebrauch und Nutzung.

I. Miethe und Pacht.

§ 234. A. Uebersicht dieser Geschäfte. Begriff und Abschluß . . . 529
B. Rechte und Pflichten der Parteien.
1. Bei der Miete.
§ 235. a) Gebrauchsgewährung 536
§ 236. Fortsetzung: Gewährleistungspflicht des Vermiethers 541
§ 237. b) Benutzung der Miethsache und Entgelt 547

Seite

2. Weitere Verpflichtungen bei der Pacht.
§ 238. a) Ueberhaupt 552
§ 239. b) Bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke und Landgüter 553
§ 240. c) Bei der Pacht eines Grundstücks mit Inventar und von Landgütern nach Taxe 556
C. Eintritt dritter Personen in das Verhältniß.
§ 241. 1. Abtretung des Gebrauchs durch Miether und Pächter. Untermiethe 559
2. Veräußerung und Belastung der Miethsache ꝛc.
§ 242. a) Die maßgebenden Grundsätze 563
§ 243. b) Der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe“ bei Immobilien im Einzelnen 566
§ 244. D. Gesetzliche Pfandrechte 573
§ 245. E. Beendigung und stillschweigende Verlängerung 580
§ 246. II. Die Leihe. 586

Drittes Kapitel.

Darlehen. Renten.

I. Das Darlehen.
§ 247. A. Begriff 593
§ 248. B. Abschluß des Darlehensvertrages 598
§ 249. C. Verpflichtungen des Darlehnsnehmers 601
II. Die Renten.
§ 250. A. Uebersicht über die verschiedenen Rentenverträge 603
§ 251. B. Insbesondere von den Leibrenten 607

Viertes Kapitel.

Uebernahme von Arbeiten und Geschäftsbesorgungen.

§ 252. I. Einleitung. Geschäftsbesorgung 611
II. Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag.
§ 253. A. Der Auftrag 622
B. Geschäftsführung ohne Auftrag.
§ 254. 1. Begriff. Arten 629
§ 255. 2. Geschäftsführung für Andere 632
§ 256. 3. Unechte Geschäftsführung. 640
III. Lohnverträge.
A. Dienstvertrag.
1. Gewöhnliche Fälle.
§ 257. a) Begriff und Abschluß 641
§ 258. b) Rechte und Pflichten der Parteien 647
§ 259. c) Gefahrtragung und Verzug 652
§ 260. d) Beendigung des Dienstvertrags und Verlängerung . 656
2. Besondere Fälle.
§ 261. a) Der Gesindedienstvertrag 661
§ 262. b) Der gewerbliche Arbeitsvertrag 666
§ 263. c) Der gewerbliche Lehrvertrag 671

Seite

B. Werkvertrag.
1. Der Werkvertrag im eigentlichen Sinne.
§ 264. a) Begriff und Abschluß 675
§ 265. b) Pflichten des Unternehmers 681
§ 266. c) Verpflichtungen des Bestellers 688
§ 267. d) Gesetzliche Pfandsicherung des Unternehmers . . . 692
§ 268. e) Gefahrtragung beim Werkvertrage 695
§ 269. f) Beendigung 701
§ 270. 2. Werklieferungsvertrag 703
§ 271. 3. Irregulärer Werkvertrag 705
C. Vermittelnde Geschäftsbesorgungen.
§ 272. 1. Mäklervertrag 707
§ 273. 2. Trödelvertrag 714

§ 274. IV. Verlagsvertrag 716

V. Verwahrung und Einbringen von Sachen bei Gastwirthen.
A. Verwahrung.
§ 275. 1. Begriff und Arten 741
§ 276. 2. Individuelle oder regelmäßige Verwahrung 744
§ 277. 3. Offene Verwahrung vertretbarer Sachen 748
§ 278. B. Einbringen von Sachen bei Gastwirthen 751

§ 279. VI. Auslobung. Preisausschreiben 756

Fünftes Kapitel.

Gesellschaft und Gemeinschaft.

I. Gesellschaft.
§ 280. A. Der Gesellschaftsvertrag. Begriff und Arten der Gesellschaft 763
§ 281. B. Verhältniß der Gesellschafter untereinander 770
§ 282. C. Verhältniß der Gesellschafter zu Dritten 784
D. Auflösung der Gesellschaft.
§ 283. 1. Auflösungsgründe und stillschweigende Verlängerung der Gesellschaft 791
§ 284. 2. Liquidation des Gesellschaftsvermögens 795
§ 285. E. Abschichtung alter und Eintritt neuer Gesellschafter . . . 800

II. Gemeinschaft.
§ 286. A. Begriff und Arten. Rechtsverhältnisse während Bestehens der Gemeinschaft 804
§ 287. B. Theilung 816

Sechstes Kapitel.

Glücks- und Sicherungsverträge.

§ 288. I. Uebersicht 827

II. Spielgeschäfte.
§ 289. A. Spiel und Wette 830
§ 290. B. Lotterie, Ausspielgeschäfte. Differenzgeschäfte 834

III. Versicherung.
§ 291. A. Allgemeines 838
§ 292. B. Die Schadenversicherung 845
§ 293. C. Die Summenversicherung 853
§ 294. D. Die Arbeiterzwangsversicherung 857

Seite

IV. Einstehen für fremde Verbindlichkeiten.

A. Bürgschaft.

§ 295. 1. Begriff und Abschluß 867
§ 296. 2. Haftung des Bürgen 874
§ 297. 3. Rückgriff des Bürgen 883
§ 298. 4. Endigung der Bürgschaft 887
§ 299. B. Kreditauftrag 891
§ 300. C. Garantieverträge 893

V. Vergleich.

§ 301. A. Begriff. Arten. Abschluß 895
§ 302. B. Wirkungen 902

Siebentes Kapitel.

Verpflichtungsgeschäfte ohne Rücksicht auf den materiellen Inhalt des Schuldversprechens.

§ 303. I. Allgemeines 905

II. Abstrakte oder selbständige Verpflichtung.

A. Der Vertrag als Verpflichtungsgrund.

§ 304. 1. Selbständiges Schuldversprechen 909
§ 305. 2. Anerkennungsvertrag 912
§ 306. B. Verhältniß des selbständigen Schuldversprechens und der Anerkennung zum Schuldgrunde. 916

III. Anweisung.

§ 307. A. Begriff, Zustandekommen und Elemente der Anweisung . 918
§ 308. B. Rechtsverhältnisse der Betheiligten 927
§ 309. C. Erlöschen der Anweisung und Uebertragung 932

IV. Inhaberpapiere.

§ 310. A. Begriff und Erfordernisse 936
§ 311. B. Verpflichtung des Ausstellers 945
§ 312. C. Erneuerung des Papiers und Aufgebot 953
§ 313. D. Umwandelung in Namenpapiere 958

§ 314. V. Orderpapiere 960

§ 315. VI. Legitimationspapiere 970

Achtes Kapitel.

Gesetzliche Verpflichtungen zum Ausgleich ungerechtfertigter Vermögensbereicherung und auf Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen.

§ 316. I. Einleitung 976

II. Ungerechtfertigte Bereicherung.

§ 317. A. Begriff und allgemeine Voraussetzungen 977
B. Die einzelnen Kondiktionsfälle.
1. Objektiv ungerechtfertigter Erwerb.
§ 318. a) Leistung einer Nichtschuld (cond. indebiti) 985
§ 319. b) Nichteintritt des mit der Leistung bezweckten künftigen Erfolges (cond. ob causam) 989

Seite

§ 320. c) Nachträglicher Wegfall des Leistungszwecks (cond. ex causa finita) 993
§ 321. d) Sonstiger Mangel des Rechtsgrundes (cond. sine causa) 994
§ 322. 2. Unredlicher Erwerb (cond. ob turpem vel iniustam causam) 999
§ 323. C. Vollzug der Ausgleichung 1004

III. Unerlaubte Handlungen.

§ 324. A. Begriff und Bedeutung 1011
B. Voraussetzungen der Schädenhaftung.
1. Haftung für eigene That.
a) Die einzelnen Delikte.
§ 325. α. Verletzung der Persönlichkeit und subjektiver Rechte 1015
§ 326. β. Verstoß gegen Schutznormen 1023
§ 327. γ. Ehrverletzung, Beeinträchtigung des Erwerbs und des Fortkommens. Kreditgefährdung 1027
§ 328. δ. Unlauterer Wettbewerb 1030
§ 329. ε. Verletzung der Amtspflicht 1035
§ 330. ζ. Vorsätzliche unsittliche Schadenstiftung 1040
§ 331. b) Verantwortlichkeit ohne Verschuldung 1042
2. Haftung für andere Personen und besondere Ereignisse.
§ 332. a) Uebersicht 1047
b) Die einzelnen Fälle der Verantwortlichkeit.
§ 333. α. Haftung für andere Personen 1048
§ 334. β. Haftpflicht im Großbetrieb (Haftpflichtgesetz) . . 1054
§ 335. γ. Beschädigung durch Bauwerke 1058
§ 336. δ. Haftung für Thiere 1061
§ 337. ε. Wildschaden 1065
§ 338. C. Verpflichtung mehrerer Personen 1068
D. Inhalt und Umfang der Ersatzpflicht.
§ 339. 1. Allgemeines. Ansprüche wegen Personenverletzung und Entziehung oder Beschädigung von Sachen 1074
§ 340. 2. Dauer der Verpflichtung 1085

Quellenregister 1089
Sachregister 1116

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt.

Allgemeines Schuldrecht*.

Erstes Kapitel.

Begriff und Entstehung der Schuldverhältnisse.

I. Begriffsbestimmung**.

A. Schuldverhältniß (Obligation).

§ 138.

Der allgemeine Begriff des Schuldverhältnisses ist schon entwickelt[1]). Es handelt sich um ein relatives, also unmittelbar gegen eine andere Person, den Verpflichteten, gerichtetes Recht, kraft dessen der Berechtigte von dem Verpflichteten eine gewisse Handlung (Leistung) verlangen darf. Der Berechtigte heißt hier der Gläubiger, der Ver-

*) Hauptsächlichste ältere Monographieen: Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, 2 Bde. (1840); Savigny, Das Obligationenrecht, 2 Bde. (1851, 1853, unvollendet); Molitor, Les obligations en droit romain, 3 Bde. (1851—53); Koch, Das Recht der Forderungen nach gem. und preuß. Recht, 3 Bde. (2. Aufl. 1859); Ryk, Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gem. deutschen Recht (1889); Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenrecht, Bd. 1 u. 2 (1878—1890); Crome, Die Grundlehren des franz. Obligationenrechts (1894).

Das neue Recht behandeln Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren (1897); Schollmeyer, Das Recht der einzelnen

pflichtete der Schuldner. Der Ausdruck Schuldverhältniß soll die rechtliche Beziehung (iuris vinculum), welche durch das in Rede stehende Recht zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschaffen wird, für beide gleichmäßig zum Ausdruck bringen[2]). Sieht man allein auf das Recht des Gläubigers, so spricht man von „Forderung"; die entsprechende Pflicht des Schuldners nennt man alsdann die „Schuld" (Verbindlichkeit) ꝛc.[3]).

Demnach ist Forderungsrecht das Recht einer Person auf ein bestimmtes Handeln einer anderen Person. Oder: kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner die Leistung zu fordern. § 241 BGB. Unter dem Handeln ist auch hier[4]) nicht blos das positive, sondern ebensosehr ein negatives Handeln (Unterlassen, Dulden) zu verstehen. § 241 hebt dies besonders hervor (obligationes ad non faciendum)[5]). — Die Leistung muß begrifflich erzwingbar sein, soweit wie Rechtspflichten überhaupt[6]).

1. Der Begriff des Schuldverhältnisses ist aus dem römischen Recht entlehnt. Von dort ist die scharfe Unterscheidung gegenüber den

---

Schuldverhältnisse (1897); Dernburg, Die Schuldverhältnisse, 2 Bde. (1899, 1901). S. auch v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allgemeinen Privatrechts (seit 1890; vornehmlich den speziellen Theil behandelnd).

** Ueber Definitionsversuche seit der Zeit der Glossatoren s. Ryk, Die Obligation (1878). Im Uebrigen Savigny I §§ 2–4; Brinz i. Grünhut's Ztschr., Bd. 1 S. 11; dagegen Rümelin im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 68 n. 8 u. wieder Brinz eod. Bd. 70 n. 12; Hartmann, Die Obligation (1875) S. 20 ff., 119 ff.; Sohm in Grünhut's Ztschr. Bd. 4 S. 457; Thon, Rechtsnorm und subj. Recht (1878) S. 191 ff.; v. Schey in Grünhut's Ztschr. Bd. 9 S. 359; Bierling, Kritik der jur. Grundbegriffe Bd. 2 (1883) S. 198 ff.; Ryk, Schuldverhältnisse S. 3; Kuntze, Die Obligation im röm. u. heut. Recht (1886); Kohler in Grünhut's Ztschr. Bd. 14 S. 3.

Stammler §§ 1–8; Dernburg I §§ 1–8; Endemann I §§ 96–99; Cosack § 80; Mathiaß I §§ 72, 73; Enneccerus (2. Aufl.) I §§ 147 ff.

1) S. o. Bd. I § 30.

2) Die gleiche Bezeichnung bezwecken die Römer mit dem Ausdruck obligatio, und noch heute redet man auch bei uns von „Obligation" und „Obligationenrecht" an Stelle der „Schuldverhältnisse". Vgl. pr. J. de obl. 3, 13: Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura. Daß die Römer den Ausdruck obligatio auch noch in anderer Weise verwertheten, kommt für uns nicht in Betracht.

3) Beide gehören aber unbedingt zusammen; sie sind nur Theile eines und desselben Rechtsverhältnisses. Auch in § 241 BGB., wo nur vom Recht des Gläubigers die Rede ist, wird die rechtliche Verpflichtung des Schuldners als selbstverständlich vorausgesetzt.

4) Wie so oft. S. schon oben Bd. I §§ 107, 108 Ziff. 4. Näheres über die Unterlassung als Leistung bei Wendt, Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 92 S. 5 ff.

5) Vgl. dazu besonders Dernburg § 7.

6) S. o. Bd. I § 29 Ziff. 3. Wegen der Zwangsmittel u. § 141 zu Note 3 ff. S. übrigens § 140.

absoluten, namentlich den dinglichen Rechten überkommen, die unser Gesetz auszeichnet. Die Schuldverhältnisse bestehen nur von Person zu Person: sie enthalten keinerlei direkte Herrschaft über Sachgüter[7]). So selbst da nicht, wo das Schuldverhältniß, wie nicht selten, auf Erlangung einer unmittelbaren Herrschaft gerichtet ist, z. B. auf Erlangung des Eigenthums oder anderer dinglicher Rechte. Das Schuldverhältniß auf Einräumung dieser Rechte gibt eine direkte Sachherrschaft noch nicht[8]); es ist nur eine Vorstufe (causa, Titel) zum dinglichen Rechtserwerb, der sich demnächst besonders vollziehen muß[9]). — Um dieses auszudrücken, hat man beim Schuldverhältniß auch wohl von einer Herrschaft über den Willen des Schuldners gesprochen. Wie der dinglich Berechtigte über die seinem Recht unterworfene Sache, so habe der Gläubiger ein Herrschaftsrecht über die Person des Schuldners! Doch geht diese Vorstellung nach anderer Richtung fehl; denn der Wille des Schuldners, wie seine Person, bleibt auch im Schuldverhältniß frei[10]). Man muß sich für die Wesens-

7) S. darüber die bei Windscheid, Pand. II § 250 Note 2 Citirten, insbes. den oben cit. Aufsatz von Sohm.

8) M. a. W. es ist abgelehnt das vorzugsweise im Preuß. Recht entwickelte sog. Recht zur Sache (ius ad rem), wonach jedes, also auch ein obligatorisches Recht auf Erlangung einer Sache unter gewissen Umständen (namentlich durch Erlangung des Besitzes) dinglich werden konnte und schon von vornherein gewisse relativ dingliche Eigenschaften hatte. Diese machten sich vor Allem bei erfolgter zweimaliger Uebertragung der Sache durch denselben Autor geltend. Die relativ dingliche Qualität des Rechts zur Sache bewirkte hier, daß der spätere Erwerber, der das Recht zur Sache des früheren Erwerbers kannte, diesem selbst dann weichen mußte, wenn er sich inzwischen die Sache hatte tradiren lassen, also gegen Dritte unzweifelhaft Eigenthum an derselben erworben hatte! Vgl. Preuß. A.LR. I, 10 § 25; I, 19 § 5. Diese Auffassung hat weder in den röm. noch in den deutschen Rechtsquellen einen Boden. Sie beruht im Wesentlichen auf den älteren, heute als verfehlt erkannten Bestrebungen, röm. und deutsche Rechtsgrundsätze um jeden Preis miteinander zu vereinigen. Gerade durch die näheren Ausführungen, die Ziebarth, Realexekution und Obligation (1865), insbes. §§ 14—19, diesem Rechte gewidmet hat, ist seine innere Folgewidrigkeit besonders zu Tage getreten. Gegen dasselbe haben sich seinerzeit schon namhafte preußische Juristen erklärt. Z. B. wie soll es sich rechtfertigen, daß das Recht zur Sache zwar ein Recht auf Herausgabe der Sache gegen denjenigen gewährt, der sie iusto titulo erworben hat während er das Recht zur Sache kennt (s. o.), nicht aber gegen den, der die Sache gänzlich ohne Titel besitzt! Vgl. auch Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts I § 77; Stobbe-Lehmann, Deutsch. Privatrecht II § 78 S. 82 u. A. S. übrigens über die Möglichkeit einer „Vormerkung" obligatorischer Rechte mit Beziehung auf Immobilien im Grundbuch nach heutigem Recht: § 883 BGB. Dadurch wird nicht die Obligation mit dinglicher Wirkung ausgestattet, sondern es tritt ein bestimmt geartetes Anwartschaftsrecht (s. o. § 33) auf den dinglichen Rechtserwerb hinzu, das dem Berechtigten nicht mehr willkürlich entzogen werden kann. Näheres darüber im Sachenrecht.

9) Vgl. o. § 71 Ziff. 10.

10) Dies zeigt sich namentlich auch bei der Zwangsvollstreckung gegen

bestimmung des letzteren an dem persönlichen Bindungsverhältniß der beiden Betheiligten untereinander genügen lassen, kraft dessen die eine Person ein Recht auf Leistung wider die andere Person hat[11]).

2. Der Inhalt des Rechts fällt also hier ganz zusammen mit der Pflicht der gegenüberstehenden Person, und dadurch unterscheiden sich die Schuldverhältnisse wesentlich von allen anderen, insbesondere von den dinglichen und den Familienrechten. Doch können sich auch an diese letzteren sehr wohl Schuldverhältnisse anknüpfen, z. B. auf Herausgabe, Ersatz 2c.[12]). Doch erscheint hier das Schuldverhältniß nur als Annex der betreffenden anderen Rechte und wird im Rechtssystem nur im Zusammenhang mit jenen behandelt. Z. B. die Forderung auf Unterhalt mit den Familienverhältnissen, aus denen sie entspringt; die Vermächtnißforderung mit dem Institut des Vermächtnisses. Vgl. §§ 1601 ff., 2174 BGB. Die allgemeinen Regeln der Schuldverhältnisse finden regelmäßig auch auf diese Annexe Anwendung.

Auf der anderen Seite sind auch die selbständigen Forderungsrechte, von denen wir hier handeln, durch obige Begriffsbestimmung deutlich geschieden vom allgemeinen Recht des Anspruchs[13]), obschon der Wortlaut des § 194 Abs. 1 BGB. kaum einen Unterschied von § 241 erkennen läßt[14]). Das beiderseits zu verlangende „Thun oder Unterlassen" ist bei dem Schuldverhältniß eine konkrete Leistung, in welcher sich das Recht des Gläubigers und die Pflicht des Schuldners erschöpfen; der Anspruchsbegriff ist weiter. Geht der Anspruch aus anderen relativen oder absoluten (z. B. Familien-, dinglichen) Rechten hervor, so deckt er sich weder mit dem subjektiven Recht, noch konzentrirt

---

die Person des Schuldners. Während das röm. Recht hier strikt von dem Grundsatz ausging „nemo praecise cogi potest ad faciendum" (auf ähnlichen Erwägungen beruhen Preuß. A.LR. I, 5 §§ 408 ff., Art. 1142 code Napoléon), wird heutzutage unter Umständen zwar zur Erfüllung von Handlungen nach §§ 887, 888 CPO. auch direkter Zwang gegen den Schuldner zugelassen, aber doch nur in engen Grenzen (s. besonders § 888 i. f.); und wenn der Zwang fruchtlos blieb, findet kein weiterer in dieser Hinsicht statt.

11) A. M. Cosack § 80 Ziff. 2. Die dortige Meinung hängt mit der oben Bd. 1 § 29 Ziff. 1 erwähnten zusammen.

12) Z. B. der Eigenthümer hat ein Forderungsrecht auf Herausgabe oder Ersatz der von der vorenthaltenen Sache gezogenen oder zu ziehenden Früchte; der Eigenthümer der zum Nießbrauch oder Faustpfand gegebenen Sache auf gute Behandlung derselben durch den Nießbraucher, Pfandgläubiger 2c. oder auf Schadensersatz. Ehefrau und Kinder, deren Vermögen vom Mann und Vater verwaltet wird, haben Ansprüche auf Leistung alles dessen, was sich aus ordnungsmäßiger Verwaltung des anvertrauten Vermögens ergibt. Aus dem Vermächtniß entspringt ein Forderungsrecht des Bedachten wider den Beschwerten 2c.

13) S. o. Bd. I § 35.

14) Vgl. Hellwig, Anspruch und Klagrecht (1900) S. 39 ff.

letzteres sich auf eine ein für alle Mal bestimmte Leistung; sondern es erzeugt Ansprüche verschiedener Art nach Lage der Sache, z. B. auf Herbeiführung eines dem dinglichen Recht entsprechenden Zustandes, Herstellung des ehelichen Lebens u. dgl. Das schließt nicht aus, daß auf den einzelnen entstandenen Anspruch vielfach die Regeln der Schuldverhältnisse entsprechende Anwendung finden: z. B. über das Maß der Haftung des Verpflichteten (Sorgfalt, Verzug), Abtretung des Anspruchs u. dgl. (vgl. §§ 276 ff., 413 mit §§ 931, 987 i. f., 990 bes. Abs. 2, 993 Abs. 1, 1359, 1664, 2018 ff. BGB.), sodaß sich das allgemeine Schuldrecht vielfach thatsächlich zu einem allgemeinen Anspruchsrecht ausweiten läßt[15]).

3. Die Schuldverhältnisse sind überwiegend zu ihrer eigenen Aufhebung bestimmt: durch Bewirkung der Leistung (§ 241), auf welche sie gehen. Nur selten ist die Leistung von der Art, daß sie eine dauernde Ausübung des Forderungsrechtes gestattet. Allerdings kommt auch dies vor; so insbesondere bei Schuldverhältnissen auf Unterlassen oder Dulden (obligationes ad non faciendum). In den meisten Fällen aber liegt der Zweck des Schuldverhältnisses ausschließlich in der Zukunft: solange das Forderungsrecht besteht, ist der Gläubiger unbefriedigt, und seine Befriedigung hebt das Schuldverhältniß selbst auf (vgl. §§ 362 ff. BGB.). Die Schuldverhältnisse sind daher die rechtliche Form, durch welche die nothwendigen Veränderungen in den wirthschaftlichen Verhältnissen der Privatpersonen vermittelt werden. Sie sind im Rechtssysteme das bewegliche Element, im Gegensatz namentlich zu den stabilen dinglichen Rechten. Die Schuldverhältnisse dienen im Rechtsleben

a) einmal zur Vermittelung des Güterverkehrs. In ihnen vollzieht sich der Austausch der Güter. Sie sind causae adquirendi[16]) und überhaupt die rechtliche Gestalt des Verkehrs.

b) Im Weiteren sind die Schuldverhältnisse die Form, um Störungen der Rechtsordnung privatrechtlich auszugleichen. Sie sind

---

15) Vgl. Plank, Kommentar Bd. 2 S. 4; Enneccerus § 147 II.

16) S. schon oben Bd. 1 §§ 73 i. f., 75. Daher auch ihre Stellung im System vor den dinglichen Rechten, deren Erwerb sie vielfach erst vermitteln. Dazu tritt der didaktische Gesichtspunkt, daß der dingliche Rechtserwerb vielfach die Kenntniß obligatorischer Verhältnisse voraussetzt, und daß das Allgemeine Schuldrecht mit dem Allgemeinen Theil des ganzen Rechtssystems so enge zusammenhängt, daß es unzweckmäßig wäre, es davon räumlich zu sehr abzusondern. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist daher mit Recht von der ehemaligen Reihenfolge, die das Sachenrecht vor den Schuldverhältnissen behandelte, zurückgekommen.

die rechtliche Form, in der sich namentlich bei absoluten Rechtsverletzungen der Ersatz vollzieht. Vgl. §§ 823 ff. BGB.

4. Auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse folgt unser Gesetz in weitem Umfange dem römischen Recht, wie letzteres ein Vorbild fast aller modernen Gesetzbücher über diesen Gegenstand geworden ist. Der Grund liegt in der vorzüglichen Ausbildung, welche die Materie durch die römischen Juristen auf Grund eines dem unsrigen verwandten hochentwickelten Verkehrs gefunden hatte, dem sich aus der Geschichte der übrigen Kulturvölker nichts annähernd Gleiches an die Seite stellen läßt. Gleichwohl darf man nicht wähnen, daß unser Gesetz einfach die Regeln des römischen Obligationenrechts wiedergebe. Wir sind auch hier zwar durch das römische Recht hindurch, aber weit über dasselbe hinausgekommen. Vor Allem haben wir es seines formalen Rigorismus und seiner nationalen Eigenthümlichkeiten entkleidet[17]); wir haben seinen Inhalt durch Aufnahme zahlreicher neuer Institute erweitert[18]). Endlich haben wir sogar den Grundcharakter des Schuldverhältnisses selbst in aufsteigender Entwicklung vervollkommnet. Letzteres konnte im römischen Recht wegen der dort herrschenden individualistischen Auffassung nicht zu der ihm gebührenden Entfaltung kommen. Den Römern war das Schuldverhältniß nichts Anderes als das Gebundenheitsverhältniß von Person zu Person (vinculum iuris); daher abgezogen von diesen Personen gar nicht denkbar. Denn die Beziehung von A zu B ist nicht die Beziehung von A zu C oder von C zu D. Daraus ergab sich die Unablöslichkeit der Schuldverhältnisse von ihren Subjekten — die Unübertragbarkeit sowohl auf der Gläubiger- als auf der Schuldnerseite, wodurch diese Rechte unfähig wurden, gleich anderen ein Objekt des Verkehrs zu werden. Diese Bestandtheile des Vermögens waren geradezu dem Verkehr entzogen: die Uebertragung wurde nur unvollkommen und auf Umwegen erreicht. Unsere moderne Auffassnng, welche sich auf Grund anderer wesentlich deutscher Einflüsse gewöhnt hat, auch Rechte

17) Z. B. hinsichtlich der Entstehungsgründe ex contractu, quasi ex contractu, ex delicto, quasi ex delicto, der beschränkten Anzahl der Kontrakte (der sog. Verbal-, Litteral-, Real- und Konsensualkontrakte) und der Delikte, die ebenfalls auf ganz bestimmte Erscheinungen begrenzt sind. Alles dies ist formalistisch und wenig erschöpfend. Ueber die Entwickelung bei uns s. schon oben Bd. 1 § 79 Note 9. Heutzutage gibt es namentlich im Vertragsrecht keine derartigen charakteristischen Kennzeichen (causae civiles) der Verpflichtung. Es genügt übereinstimmende Willenserklärung der Parteien über eine nach allgemeinen Grundsätzen geeignete Leistung.

18) Z. B. der Anweisung, Auslobung im modernen Sinne, des Instituts der Inhaberpapiere u. s. w.

ähnlich wie Sachen als Objekte von Rechten anzusehen[19]) und demgemäß z. B. einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht an Forderungsrechten kennt[20]), mußte konsequent auch die volle Uebertragung von Schuldverhältnissen auf einen anderen Berechtigten bei unverändertem Bestande des Verhältnisses zulassen[21]). Ja die gleiche Uebertragbarkeit hat man neuestens auch auf der Passivseite des Schuldverhältnisses zugelassen und demgemäß eine Uebertragung von Schulden für möglich erklärt[22]). S. §§ 398 ff., 414 ff. BGB. Dadurch ist das Schuldverhältniß, obschon es an sich nur in der relativen Beziehung zweier Personen zueinander (auf Leistung) besteht, doch gewissermaßen in seinem Bestand objektivirt. Es kann von seinen ursprünglichen Subjekten abgelöst und mit unverändertem Inhalt auf andere Personen übertragen werden. Es ist Verkehrsobjekt im heutigen Recht geworden, nicht minder als die Sachen.

5. Im Anschluß daran gibt es jetzt sogar zahlreiche Schuldverhältnisse, bei welchen nur der Inhalt genau bestimmt ist, während die Individualität des Subjekts zunächst gleichgültig erscheint und durch einen äußeren Umstand bezeichnet werden kann. Ein solcher Umstand ist häufig der Erwerb einer bestimmten Sache[23]). Wir reden hier von Zustandsobligationen, weil sich das Gläubigerrecht oder die Schuldnerpflicht für eine bestimmte Person an deren Eintritt in einen gewissen Zustand anknüpft und meist auch — wenigstens für die Zukunft[24]) — mit Aufhören des letzteren wieder schwindet. Die Folge ist, daß jeder in den betreffenden Zustand Eintretende (z. B. der Erwerber eines Grundstückes, Inhaberpapiers ꝛc.) als solcher berechtigt und verpflichtet ist, — nicht als Rechtsnachfolger dessen, der sich vor ihm in jenem Zustande befand[25]). Er

---

19) S. o. Bd. I § 32.

20) S. §§ 1068, 1273 BGB.

21) Institut der Cession. S. u. §§ 197 ff.

22) Institut der Schuldübernahme. S. u. §§ 202 ff.

23) So bei Inhaberpapieren der Erwerb des betreffenden Papieres; bei der Miethe (soweit „Kauf die Miethe nicht bricht") der Erwerb der Miethsache; im Falle des § 822 BGB. der Erwerb der Bereicherung. — Wir sagen der Erwerb (nicht schlechtweg das Eigenthum) einer Sache! Oft genügt nicht einmal ein Erwerb jedweder Art, sondern nur ein rechtsgeschäftlicher (z. B. Kauf der Miethsache) oder (im Falle des § 822) ein unentgeltlicher. Die Gestaltung ist mannigfaltig. Vgl. schon die Zusammenstellung bei Windscheid-Kipp, Pand. II § 291 Note 1—3. Die Ausbildung erfolgte im deutschen und heutigen modernen Recht.

24) Abgesehen insbesondere von denjenigen Theilen der Verpflichtung, welche auf die Eigenthumszeit des Verpflichteten (gewissermaßen als Aequivalent für den Sachgenuß während dieser Zeit) entfallen. So in §§ 571 ff. 1108 BGB.

25) S. für den Fall des Inhaberpapiers schon oben Bd. I § 63 Note 21.

überkommt die aus dem Schuldverhältniß entſpringenden Rechte und Pflichten nicht durch Ceſſion oder Schuldübernahme[26]), ſondern ſelbſtändig (ex sua persona). Dies hat die wichtige Folge, daß ihm aus dem Verhalten ſeiner Vormänner mit Beziehung auf das Schuldverhältniß[27]) keine Einwendungen entgegengeſetzt werden können. Vielmehr beſchränken ſich die regelmäßigen Einwendungen auf ſolche, die ſich aus dem objektiven Inhalt des Schuldverhältniſſes ergeben[28]). Der Grundſatz „nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet“[29]) kann hier nicht zur Anwendung kommen, da die Rechte des Vormanns auf den Nachmann nicht übertragen werden. Vgl. z. B. §§ 573 ff., 796 BGB. und die Ausführungen über Werthpapiere[30]).

Alles dies ſind Folgen der im heutigen Recht erfolgten Objektivirung der Schuldverhältniſſe, ihrer Ausgeſtaltung zu ſelbſtändigen Vermögens- und Verkehrsobjekten. Dieſe Objektivirung geht ſogar ſoweit, daß unter Umſtänden ein ſolches z. B. im Inhaberpapier verkörpertes Schuldverhältniß gar nicht einmal dadurch erliſcht, daß zeitweiſe die Perſon des Gläubigers und Schuldners ſich in demſelben Individuum vereinigen; wenn ſelbſtverſtändlich auch die Forderung ſolange nicht geltend gemacht werden kann, als die Vereinigung beſteht[31]). Aber die Forderung erliſcht nicht, und wirkt folglich wieder mit unbeſchränkter Kraft, ſobald die Perſonenvereinigung aufhört. So z. B. § 794 BGB.

---

26) Wie oben Ziff. 4.

27) Z. B. Rechtshandlungen desſelben, Kenntniß gewiſſer Thatumſtände ꝛc.

28) Und ſelbſtverſtändlich auf diejenigen, welche dem jeweiligen Schuldner wider den jeweiligen Gläubiger perſönlich zuſtehen. Vgl. z. B. § 796 i. f. BGB.

29) S. o. Bd. I § 71.

30) Die Zuſtandsobligationen werden auch Realobligationen genannt, weil ſie ſich meiſt an den Erwerb einer beſtimmten Sache (res) anknüpfen. Beſſer verwendet man den Ausdruck Realobligation für diejenigen Fälle, in denen ſich die an den Erwerb einer beſtimmten Sache knüpfende Verpflichtung auf die Haftung des Schuldners mit jener Sache beſchränkt: ſodaß alſo der Verpflichtete nicht (wie ſonſt regelmäßig) mit ſeinem ganzen Vermögen für die Leiſtung haftet, ſondern nur mit der Sache. Das Bürgerliche Geſetzbuch drückt dies ſo aus: es ſei aus der Sache zu leiſten. Vgl. §§ 1105, 1113, 1191, 1199. In dieſer Bedeutung verwenden wir weiterhin allein den Ausdruck Realobligation. Dieſelbe kann ſich mit gewöhnlichen Forderungsrechten kombiniren (z. B. als Pfandforderung mit der perſönlichen Forderung des Gläubigers), ſodaß alsdann zwei Perſonen, oder der Verpflichtete in doppelter Art haftet. Die Realobligationen in dieſem Sinne kommen in unſerem Recht niemals allein, ſondern nur als Annexe anderer Rechte vor. S. oben bei Note 12 und weiter im Sachenrecht.

31) Weil Niemand mit Rechtseffekt einfach an ſich ſelbſt leiſten kann.

B. Personenmehrheit?

§ 139.

1. Jedes Schuldverhältniß hat zwei Subjekte: den Gläubiger und den Schuldner. Es fragt sich aber, ob auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite mehrere Personen als Berechtigte oder Verpflichtete stehen können. Dies behauptete die ehemalige gemeinrechtliche Doktrin und sprach hier von einer objektiven Einheit der Obligation bei Mehrheit ihrer subjektiven Beziehungen. Sie gründete darauf u. a. ihre Unterscheidung von Korrealität und Solidarität[1]).

Eine solche Auffassung ist in der Sache nicht begründet. Der Abschluß der gemeinrechtlichen Entwickelung war auch, daß hierin der Unterschied zwischen Solidar- und Korrealobligationen nicht zu suchen sei[2]). Die größere Objektivirung der Schuldverhältnisse im modernen Recht, von der im vorigen Paragraphen die Rede war, beschränkt sich auf die Tauglichmachung derselben für den Verkehr. Im Uebrigen bleibt es dabei, daß, so oft ein rechtliches Gebundenheitsverhältniß auf Leistung im Sinne des § 241 besteht, damit auch ein Schuldverhältniß vorliegt. Aehnlich wie auch, wenn Mehrere zusammen klagen oder verklagt werden, trotz äußerlicher Einheit des Verfahrens soviel Prozesse vorhanden sind als Kläger oder Beklagte[3]), so sind, wenn mehrere Personen aus einem und demselben Entstehungsgrunde[4]) obligatorisch berechtigt oder verpflichtet werden, soviel Schuld-

1) Vgl. Keller, Litiskontestation und Urtheil (1827) S. 443 ff.; Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen (1831) und die Pandektenlehrbücher von Windscheid § 293, Arndts § 214, Wendt § 209 u. a.; Brinz, 2. Aufl. II §§ 235, 253, nahm Einheit der Obligation auch bei einfacher Solidarität an.

2) Gegen die Einheitstheorie sind insbesondere aufgetreten Czyhlarz in Grünhut's Ztschr. Bd. 3 S. 59; Eisele im Archiv f. civ. Praxis Bd. 77 S. 374; Mitteis, Die Individualisirung der Obligation (1886) S. 49 ff.; Kuntze, Die Obligation S. 141; Dernburg, Pand. II § 72. Gegner sind auch Unger in Jhering's Jahrb. Bd. 22 S. 207, Bd. 23 S. 106 (die mehreren Obligationen sind in der Vorstellung zu einer Einheit zusammengefaßt), und Fitting, Die Natur der Korrealobligationen (1859), welcher mit Stintzing, Krit. Ztschr. Bd. 1 S. 509 ff. das Wesen der Korrealobligation darin erblickte, daß einstweilen noch Ungewißheit hinsichtlich des das Schuldverhältniß definitiv auf sich konzentrirenden Subjektes bestehe (also das Wesen der Korrealobligation nach Art des oben § 138 Ziff. 5 Gesagten erklärt). Dies ist jedenfalls folgerichtiger als die Theorie der Einheit bei subjektiver Mehrheit, entspricht aber nicht den Quellen. Richtig ist allein die Annahme ebensovieler Obligationen als Subjekte auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite.

3) Quod actiones tot iudicia. Vgl. §§ 59 ff., bes. 61 CPO.

4) Aus derselben juristischen Thatsache; sei sie nun ein Vertrag, unerlaubte Handlung 2c. Ebenso entstehen aus einem gegenseitigen Vertrag,

verhältnisse vorhanden, als mehrere Gläubiger berechtigt sind, von mehreren Schuldnern eine Leistung zu verlangen. Der Inhalt dieser Schuldverhältnisse kann je nach der Sachlage ein verschiedener sein. Es kann

a) die aus dem gemeinsamen Entstehungsgrund folgende Leistungspflicht unter die mehreren Subjekte vertheilt sein, derart, daß Jeder nur zu einer Quote berechtigt oder verpflichtet wird. Dann gehen die mehreren Schuldverhältnisse nur je auf einen Antheil der ganzen aus dem Vertrag ꝛc. entspringenden Verpflichtung. Vgl. § 420 BGB.

b) Es kann aber auch sein, daß Jeder das Ganze schuldet oder zu fordern berechtigt ist, während das Ganze doch nur einmal geleistet werden soll[5]). Es entstehen hier mehrere gleichförmige Schuldverhältnisse auf dieselbe Leistung, wobei einmalige totale Erfüllung die anderen aufhebt. Hier reden wir von Gesammtschuldverhältnissen (Solidarität). Vgl. §§ 421 ff., 428 ff. BGB. Alle daselbst bestimmten Wirkungen des Gesammtschuldverhältnisses deuten darauf hin, daß mehrere selbständige Verpflichtungen auf das Ganze vorliegen. Weil letzteres aber nur einmal geleistet werden soll, ergeben sich aus der bei einem Schuldverhältniß eintretenden Befriedigung für die übrigen besondere Erlöschungsgründe[6]). Der Ausdruck „Gesammtschuldverhältniß" z. B. in § 423 bedeutet nicht mehr als das gesammte

---

in welchem beide Parteien Verpflichtungen übernehmen, also zugleich Gläubiger und Schuldner werden, soviele Schuldverhältnisse, als Leistungen von den verschiedenen Personen übernommen sind. Das begründete zweiseitige Verhältniß (Kauf, Miethe ꝛc.) ist in Wahrheit nichts anderes als eine Zusammenfügung von zwei Schuldverhältnissen zu einer wirthschaftlichen Gesammtfigur.

5) Die Römer kannten zwar auch ein Verhältniß, wonach das Ganze so oft gefordert werden durfte als Gläubiger oder Schuldner vorhanden waren, z. B. bei Delikten auf Strafzahlung (vgl. l. 11 § 2 i. f. Dig. ad leg. Aquil. 9, 2); aber dies ist mit den röm. Privatstrafen hinweggefallen.

6) Gesammtzerstörlich wirken nach §§ 422 ff., 429 BGB. im Wesentlichen nur Erfüllung eines Schuldverhältnisses und was ihr gleichsteht: die bekannten Surrogate der Erfüllung (Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung), und die befreienden Rechtsakte: Erlaß, soweit er in rem gefaßt ist (nicht blos auf eine einzelne Person beschränkt ist), Gläubigerverzug. Im Uebrigen dagegen sind die verschiedenen Schuldverhältnisse ganz unabhängig von einander: das eine kann bedingt oder betagt, das andere unbedingt und unbetagt sein. Beerbt ein Gesammtschuldner den anderen, so haftet dieser nunmehr aus doppeltem Grunde (s. schon l. 5 Dig. de fideiuss. 46, 1 und oben Bd. I § 121). Andere Folgen der Selbständigkeit s. in §§ 425, 429 Abs. 3. Insbesondere ist wichtig, daß das rechtskräftige Urtheil gegenüber einem Gesammtbetheiligten nicht mehr gegen die anderen wirkt. Dies läßt sich mit der Einheitstheorie schlechthin nicht vereinigen. Die Selbständigkeit der verschiedenen Schuldverhältnisse wird denn auch jetzt überwiegend angenommen. Vgl. Dernburg §§ 161, 164; Stammler § 64; Enneccerus I § 232 Ziff. II; Planck, Komm. zu § 423, Oertmann zu § 421.

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt.

Allgemeines Schuldrecht*.

Erstes Kapitel.

Begriff und Entstehung der Schuldverhältnisse.

I. Begriffsbestimmung**.

A. Schuldverhältniß (Obligation).

§ 138.

Der allgemeine Begriff des Schuldverhältnisses ist schon entwickelt[1]). Es handelt sich um ein relatives, also unmittelbar gegen eine andere Person, den Verpflichteten, gerichtetes Recht, kraft dessen der Berechtigte von dem Verpflichteten eine gewisse Handlung (Leistung) verlangen darf. Der Berechtigte heißt hier der Gläubiger, der Ver-

*) Hauptsächlichste ältere Monographieen: Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen, 2 Bde. (1840); Savigny, Das Obligationenrecht, 2 Bde. (1851, 1853, unvollendet); Molitor, Les obligations en droit romain, 3 Bde. (1851—53); Koch, Das Recht der Forderungen nach gem. und preuß. Recht, 3 Bde. (2. Aufl. 1859); Ryk, Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gem. deutschen Recht (1889); Hasenöhrl, Oesterr. Obligationenrecht, Bd. 1 u. 2 (1878—1890); Crome, Die Grundlehren des franz. Obligationenrechts (1894).

Das neue Recht behandeln Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren (1897); Schollmeyer, Das Recht der einzelnen

pflichtete der Schuldner. Der Ausdruck Schuldverhältniß soll die rechtliche Beziehung (iuris vinculum), welche durch das in Rede stehende Recht zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschaffen wird, für beide gleichmäßig zum Ausdruck bringen[2]). Sieht man allein auf das Recht des Gläubigers, so spricht man von „Forderung"; die entsprechende Pflicht des Schuldners nennt man alsdann die „Schuld" (Verbindlichkeit) ꝛc.[3]).

Demnach ist Forderungsrecht das Recht einer Person auf ein bestimmtes Handeln einer anderen Person. Oder: kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner die Leistung zu fordern. § 241 BGB. Unter dem Handeln ist auch hier[4]) nicht blos das positive, sondern ebensosehr ein negatives Handeln (Unterlassen, Dulden) zu verstehen. § 241 hebt dies besonders hervor (obligationes ad non faciendum)[5]). — Die Leistung muß begrifflich erzwingbar sein, soweit wie Rechtspflichten überhaupt[6]).

1. Der Begriff des Schuldverhältnisses ist aus dem römischen Recht entlehnt. Von dort ist die scharfe Unterscheidung gegenüber den

---

Schuldverhältnisse (1897); Dernburg, Die Schuldverhältnisse, 2 Bde. (1899, 1901). S. auch v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allgemeinen Privatrechts (seit 1890; vornehmlich den speziellen Theil behandelnd).

** Ueber Definitionsversuche seit der Zeit der Glossatoren s. Ryk, Die Obligation (1878). Im Uebrigen Savigny I §§ 2—4; Brinz i. Grünhut's Ztschr., Bd. 1 S. 11; dagegen Rümelin im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 68 n. 8 u. wieder Brinz eod. Bd. 70 n. 12; Hartmann, Die Obligation (1875) S. 20 ff., 119 ff.; Sohm in Grünhut's Ztschr. Bd. 4 S. 457; Thon, Rechtsnorm und subj. Recht (1878) S. 191 ff.; v. Schey in Grünhut's Ztschr. Bd. 9 S. 359; Bierling, Kritik der jur. Grundbegriffe Bd. 2 (1883) S. 198 ff.; Ryk, Schuldverhältnisse S. 3; Kuntze, Die Obligation im röm. u. heut. Recht (1886); Kohler in Grünhut's Ztschr. Bd. 14 S. 3.

Stammler §§ 1—8; Dernburg I §§ 1—8; Endemann I §§ 96—99; Cosack § 80; Mathiaß I §§ 72, 73; Enneccerus (2. Aufl.) I §§ 147 ff.

1) S. o. Bd. I § 30.

2) Die gleiche Bezeichnung bezwecken die Römer mit dem Ausdruck obligatio, und noch heute redet man auch bei uns von „Obligation" und „Obligationenrecht" an Stelle der „Schuldverhältnisse". Vgl. pr. J. de obl. 3, 13: Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura. Daß die Römer den Ausdruck obligatio auch noch in anderer Weise verwertheten, kommt für uns nicht in Betracht.

3) Beide gehören aber unbedingt zusammen; sie sind nur Theile eines und desselben Rechtsverhältnisses. Auch in § 241 BGB., wo nur vom Recht des Gläubigers die Rede ist, wird die rechtliche Verpflichtung des Schuldners als selbstverständlich vorausgesetzt.

4) Wie so oft. S. schon oben Bd. I §§ 107, 108 Ziff. 4. Näheres über die Unterlassung als Leistung bei Wendt, Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 92 S. 5 ff.

5) Vgl. dazu besonders Dernburg § 7.

6) S. o. Bd. I § 29 Ziff. 3. Wegen der Zwangsmittel u. § 141 zu Note 3 ff. S. übrigens § 140.

dann ordnet sich ihre Berechtigung und Verpflichtung zwanglos einer der obengeschilderten Rechtsgestaltungen unter. Insbesondere ist auch hier die Verpflichtung häufig eine solidarische. Dies gilt z. B. für die Geschäftsschulden der Gesellschafter (§§ 427, 709 ff., 714)[21]), für Miterben (§ 2058 BGB.). Daneben steht noch zuweilen die Befugniß der Mitschuldner z. B. Miterben (§ 2059 BGB.), den Gläubiger zum Zweck seiner Befriedigung zunächst auf das Sondervermögen zu verweisen, an welchem das Gesammthänderverhältniß besteht und zu welchem die Schuld als Passivum gehört[22]). In anderen Fällen hat der Gläubiger wenigstens das Recht, dieses Vermögen vorzugsweise zu seiner Befriedigung in Anspruch zu nehmen[23]). Immer figurirt auch der Posten als Schuldposten bei Liquidation dieser Gemeinschaft (s. §§ 733, 1475, 2046 BGB.). Alle diese Dinge sind aber nichts den betreffenden Schuldverhältnissen als solchen Eigenthümliches, sondern etwas Danebenstehendes, wie der Gegensatz der §§ 2058, 2059 deutlich ergibt. In den übrigen Fällen ist es nicht anders. Insoweit das gemeinschaftliche Vermögen der Mitschuldner in Anspruch genommen wird, wirkt das daran bestehende Gesammthänderverhältniß auch wider den Gläubiger[24]), sonst nicht. Die Frage nach etwaigen eigenthümlichen Grundsätzen der Verhaftung dieses oder jenes Vermögensstückes für eine Schuld ist aber nicht identisch mit der Frage nach der juristischen Natur des Schuldverhältnisses.

---

liche Gesellschafter) handelt. Ebenso bei der Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten ꝛc.

21) Doch kommen auch getheilte Verpflichtungen vor, z. B. aus einer ungerechtfertigten Bereicherung des Gesellschaftsvermögens.

22) Man spricht von Gesellschaftsschulden, Gütergemeinschafts- und Nachlaßschulden.

23) Auch insofern nennt man alsdann die Schuld: Gesellschaftsschuld, Gesammtguts-, Nachlaßverbindlichkeit ꝛc. Jede Schuld kann unter Umständen diesen Charakter annehmen; aber dieser macht sich für den Gläubiger nur geltend, wenn er Befriedigung aus der Gesammtmasse sucht. Daraus, und nicht aus dem Wesen des Schuldverhältnisses an sich, ergibt sich das nähere Detail. Z. B. weil keiner der Mitschuldner an der gemeinschaftlichen Masse Verfügungsrecht hat, müssen die Miterben nach § 747 CPO. alle verklagt werden, — werden Gesellschafts-, Nachlaßgläubiger von den Privatgläubigern eines einzelnen Gesellschafters ꝛc. unterschieden, — kann keine Aufrechnung der Privatforderung wider einen Gesellschafter mit einer Gesellschaftsforderung stattfinden (§ 719 BGB.) u. s. w.

24) Diejenigen, welche die daraus sich ergebenden Eigenheiten für solche des Schuldverhältnisses selbst erklären, machen sich einer ähnlichen Verwechselung schuldig wie die, welche Schuldverhältnisse mit beschränkter Haftung konstruiren. S dagegen schon oben Bd. I § 36 Note 12. In beiden Fällen wird etwas dem Schuldverhältniß Fremdes, selbständig Danebenstehendes in dessen Begriff hineingetragen und letzterer dadurch deformirt.

Sind die Gesammthänder die Berechtigten, so werden sie, weil der Posten zum Gesammtvermögen gehört, über welches Keiner ausschließliche Verfügung hat[25]), ähnlich wie in § 432 die Mitgläubiger einer untheilbaren Leistung, dagegen geschützt, daß Einzelne die Leistung zu ihrem Vortheil einziehen können. Daher entspricht bei der Erbengemeinschaft § 2032 BGB. durchaus dem § 432. Der juristische Gesichtspunkt ist der gleiche. Gesellschaftsforderungen kann regelmäßig nur der geschäftsführende Gesellschafter für Alle eintreiben, da er diese nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags vertritt[26]).

Näheres bei den einzelnen in Frage stehenden Rechtsverhältnissen.

C. Unvollkommene Schuldverhältnisse.

§ 140.

I. Jede Forderung gibt grundsätzlich dem Gläubiger einen klagbaren Anspruch auf die Leistung. Die klageweise Verfolgbarkeit ist heutzutage selbstverständliches Attribut eines jeden von der Rechtsordnung anerkannten Rechts. S. o. § 125[1]).

---

25) Vgl. schon oben Note 23. — Darauf beruht auch ein Abtretungsverbot für den einzelnen Gläubiger. S. z. B. § 719 Abs. 1 BGB.

26) Dieser Vertrag bezw. das darauf beruhende Vertretungsverhältniß der socii ist hier überhaupt in erster Linie maßgebend.

1) Im Gegensatz zum röm. Recht, wo (s. Bd. I § 35 Note 10) die actio von der Rechtsordnung besonders verliehen werden mußte, nichts mit dem subjektivem Recht von selbst Gegebenes war. Daher gab es hier neben den gewöhnlichen klagbaren (obligationes civiles) auch eine ganze Kategorie unklagbarer Verbindlichkeiten (obligationes naturales) von im Uebrigen nicht gleicher Wirkung (Möglichkeit der Geltendmachung durch exceptio: z. B. compensationis, vgl. l. 6 Dig. de comp. 16, 2; Befugniß der soluti retentio; Möglichkeit der Benutzung der nat. obligatio als Grundlage eines Bürgschafts- oder Pfandanspruchs ꝛc.). Manche Naturalobligationen waren auf dem ius gentium erwachsen; andere beruhten auf den Anforderungen der Gesellschaftsordnung (im Gegensatz zur Rechtsordnung) der damaligen Zeit. Die meisten hatten auf Grund des Wandels der allgemeinen Lebens- und Verkehrsanschauung vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs bereits ihre Anwendbarkeit verloren; wo nicht im gemeinen Recht, so doch in Reichsgesetzen und im Partikularrecht. So die auf dem röm. Pekuliarrecht resp. Gewaltverhältniß des pater familias über die Hauskinder beruhenden Naturalverbindlichkeiten. Die Behandlung der von Minderjährigen ohne Mitwirkung des Vormunds abgeschlossenen Geschäfte war schon längst eine andere geworden; das SC. Macedonianum theilweise, die röm Unklagbarkeit der nuda pacta überall beseitigt ꝛc. Man stritt hauptsächlich nur über die Möglichkeit neuer Fälle natürlicher Verbindlichkeiten, sei es auf Grund des Naturrechts (Weber, Natürl. Verbindlichkeiten 5 Aufl. 1825), der aequitas (vgl. Scheurl, Heidelb. krit. Ztschr. Bd. 1 S. 506 ff., Jahrb. f. Dogmatik Bd. 7 S. 318), des ius gentium (Savigny, Obl.R. I S. 22, Puchta, Pand. § 237, Erxleben, Cond. sine causa I S. 118 u. a.; dagegen vor Allem Schwaner, Die Naturalobligation des röm. Rechts 1861), ja selbst bloßer Gewissens- und Anstandspflichten. Es ist klar, daß man auf dieser Bahn von dem Begriff der

II. Gleichwohl wird gerade auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse ausnahmsweise der Zwangsschutz durch Klage[2]) versagt, während das Schuldverhältniß im Uebrigen von der Rechtsordnung anerkannt wird und daher auch gewisse andere Rechtswirkungen zu äußern fähig ist. Das Schuldverhältniß ist also von minderer Wirkung — ein unvollkommenes Schuldverhältniß. Demselben fehlt die Einforderbarkeit. Das Schuldverhältniß geht zwar (arg. § 241) auf eine Leistung; aber der Gläubiger kann die Bewirkung dieser Leistung nicht verlangen und gegen den Willen des Schuldners durchsetzen[3]). Nur wenn die Leistung freiwillig gemacht wird, kommt sie als „Erfüllung des Schuldverhältnisses" und folgeweise nicht als Schenkung in Betracht. Ebenso kann das Bestehen eines Schuldverhältnisses sich in anderen Beziehungen geltend machen. Aber mit Unterschieden. Dies führt uns auf die einzelnen Fälle der im Gesetze anerkannten unvollkommenen Verbindlichkeiten. Dieselben lassen sich auf folgende Gesichtspunkte zurückführen[4]).

1. Gewisse Verbindlichkeiten werden vom Gesetz mißbilligt. Zwar nicht in dem Maße, daß der Vertrag nichtig wäre, also gar kein Schuldverhältniß erzeugte[5]); aber doch so, daß das Gesetz die Einforderung des Geschuldeten versagt. Hierhin gehören:

a) Die Forderungen aus (gewöhnlichem) Spiel, der Wette, Lotterie- und Ausspielgeschäften, wenn sie nicht staatlich genehmigt sind, sowie aus Differenzgeschäften. §§ 762—764 BGB. Bei

---

Rechts soweit abkam, daß schließlich jede bestimmte Grenze nach Seite der Moral hin verloren ging. Mit dem Prinzip der „Naturalverbindlichkeiten" war daher von Grund aus zu brechen. Was heute vorkommt, sind bestimmt geartete einzelne Fälle von Schuldverhältnissen minderer Wirkung (unvollkommene Schuldverhältnisse).

2) Und was ihr gleichsteht. Ebenso durch Selbsthülfe.

3) Das Schuldverhältniß ist gegenüber § 241 ein unvollkommenes. Nicht ganz genau ist es, wenn § 762 in einem solchen Falle das Entstehen einer Verbindlichkeit überhaupt verneint. Doch wird dies durch den weiteren Inhalt des Paragraphen wieder richtig gestellt. S. auch u. Note 7.

4) Die im Folgenden aufgeführten Kategorien unvollkommener Schuldverhältnisse sind die einzigen. Irrig hat Ubbelohde, Jahrb. für Dogmatik Bd. 38 S. 216 ff., und nach ihm Mathiaß I § 72 Ziff. II noch einige andere Fälle hieher gezogen. S. auch Dernburg § 3 und bereits meine Grundlehren des röm. Obligationenrechts (1894) § 3. Anders Hellwig, Anspruch und Klagerecht (1900) S. 13 Note 22.

5) Vgl. §§ 134, 138 BGB. und oben Bd. I § 85. Hierhin gehören gewisse aus öffentlichen Gründen verbotene Spiele (im Gegensatz zu § 762 BGB.). — Umgekehrt gibt es auch völlig erlaubte Spiele, die im Gegensatz zum Text ein vollkommenes Schuldverhältniß erzeugen. S. z. B. § 763 BGB. und Differenzgeschäfte soweit sie auf Grund des § 69 BörsenG. u. des Art. 14 Ziff. 5 EG.HGB. besonders gestattet sind.

diesen beschränkt sich die Rechtswirkung im Allgemeinen darauf, daß freiwillige reale Leistung des Schuldbetrags weder zurückgefordert werden kann[6]) noch als Schenkung erscheint. Ebenso verhält es sich

b) mit der Forderung des Entgelts für Ehevermittelung (Ehemaklerlohn). § 656.

Die Einforderbarkeit der Leistung ist hier aus öffentlichrechtlichen Gründen versagt[7]). Die Unvollkommenheit des Schuldverhältnisses ist daher vom Richter auch von Amtswegen zu berücksichtigen, z. B. wenn der Beklagte im Prozesse ausbleibt.

2. In einigen anderen Fällen ist das Schuldverhältniß unvollkommen, ohne daß es rechtlich mißbilligt wird. Die mangelnde Einforderbarkeit beruht aber dennoch auf öffentlichrechtlichen Gründen und ist daher von Amtswegen zu beachten. Abgesehen davon erzeugt das Schuldverhältniß Rechtswirkungen verschiedenster Art. Vollwirksam ist z. B. nicht blos reale Erfüllung, sondern auch ein Erfüllungsversprechen, Anerkenntniß, eine Sicherung durch Pfand oder Bürgschaft. Hierher gehören:

a) Die Forderung auf den nicht gedeckten Schuldenrest nach stattgefundenem Zwangsvergleich. § 193 KO.[8]).

b) Die Forderung, deren klageweise Verfolgung nach den Vorschriften über die Zulässigkeit des Rechtswegs von vorheriger Geltendmachung des Anspruchs binnen bestimmter Frist bei einer Verwaltungsbehörde abhängt, sofern diese Frist verstrichen ist[9]).

3. Anders geartet ist der Fall der Verjährung der Forderung[10]). Zunächst ist die Verjährung niemals von Amtswegen zu berücksichtigen,

6) Der Gläubiger hat das Recht der soluti retentio (wobei die Leistung an Erfüllungsstatt und die freiwillige, d. i. vertragsmäßige Aufrechnung der realen Erfüllung gleichzuachten sind, sofern sie keine persönliche Verpflichtung des Schuldners übrig lassen. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 47 S. 52. Erfüllungsversprechen, Anerkenntniß (§§ 780 ff.), Bürgschaft dagegen haben keine größere Wirkung als die ursprüngliche Forderung. S. u. §§ 188 Note 4, 289 zu Note 18 ff., bes. Note 25.

7) Das Gesetz drückt dies so aus (§§ 656, 762 ff.): Durch das Spiel 2c. werde „eine Verbindlichkeit nicht begründet". Gleichwohl wird eine solche gleich darauf in einzelnen Beziehungen anerkannt. Doch ist die Wortfassung nicht unwichtig. Sie deutet das im Text Gesagte an und läßt auch sonst Schlüsse zu. S. z. B. unten § 178 Note 16.

8) Die Unklagbarkeit ist nach dem Satz „ne bis in idem" von Amtswegen zu berücksichtigen. A. M. Dernburg a. a. O. zu Note 11. S. aber meine Ausführungen oben Bd. I § 130. Wegen des zurückbleibenden unvollkommenen Schuldverhältnisses vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 8 S. 279, des RG. vom 22. Sept. 1885, Rhein. Archiv Bd. 76 Abth. III S. 96, Jur. Wochenschrift 1898 S. 545 n. 15 und die meisten Schriftsteller.

9) Dernburg a. a. O. zu Note 10 u. Cit.

10) S. o. Bd. I §§ 114 ff.

sondern lediglich auf Vorschützung der Einrede durch den Verpflichteten[11]). Sodann wird durch sie nicht einmal die Klagebefugniß des Gläubigers beseitigt (bleibt der Beklagte aus, so wird er nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses verurtheilt). Die Forderung ist nur durch ein Weigerungsrecht des Schuldners lahmgelegt[12]). Freiwillige Erfüllung dagegen ist vollwirksam, selbst wenn sie in Unkenntniß der Verjährung erfolgt; und zwar nicht blos reale Erfüllung, sondern auch Erfüllungsversprechen, Anerkenntniß und eine Sicherung der Forderung durch Pfand oder Bürgschaft[13]). Selbst Aufrechnung der verjährten Forderung ist noch in gewissem Umfang zulässig[14]). S. §§ 222, 390, 479, 490 Abs. 3 BGB.

4. Gewisse sittliche oder Anstandspflichten sind vom Gesetz auch als unvollkommene Rechtspflichten ausgezeichnet, insofern die freiwillige Erfüllung nicht als Schenkung erscheint. Hierhin gehört die von den Eltern einem Kinde gewährte Ausstattung insoweit sie sich in den den Vermögensverhältnissen der Eltern entsprechenden Grenzen hält (§ 1624 BGB.) und die Zahlung eines präjudizirten Wechsels (Art. 83 WO.)[15]).

III. Im Uebrigen dagegen sind die vom Gesetz vielfach erwähnten sittlichen oder Anstandspflichten keinerlei Rechtspflichten[16]), also nicht einmal unvollkommene Verbindlichkeiten. Dies erhellt deutlich aus § 534 BGB., wonach die entsprechende Leistung als Schenkung erscheint[17]). Dem widerspricht nicht § 814 eod. Denn der Ausschluß

---

11) S. das. § 117 zu Note 3 ff.

12) Die verjährte Forderung ist nicht erloschen; es steht ihr nur eine Einrede entgegen. Im gemeinen Recht war die Frage nach der Wirkung verjährter Forderungen bestritten, wenngleich sicher ebenso zu entscheiden.

13) In dieser Hinsicht ist der Effekt wie bei Ziff. 2.

14) S. u. § 192 Ziff. 6.

15) In Analogie von Ziff. 3. — Eine sittliche Pflicht ꝛc., ein wegen Formmangels ungültiges Geschäft zu erfüllen, ist überhaupt nicht anzuerkennen. S. Prot. Bd. 2 S. 696.

16) Sie liegen auf dem Gebiete der Moral oder unserer sozialen gesellschaftlichen Anschauung. Irrig Ubbelohde a. a. O. S. 221, Enneccerus § 148 II Ziff. 5, Mathiaß § 72 II lit. C, die hier eine unvollkommene Rechtspflicht herausdeuten wollen. Schwankend Cosack § 80 Ziff. 4.

17) Im Gegensatz zu oben nach Note 3. Die Erfüllung der betreffenden ethischen, sozialen oder sonstigen Anstandspflichten ist, wenn der Empfänger Anspruch auf Dank seitens des Leistenden hat, remuneratorische Schenkung im alten Sinne. Dieser Begriff geht in dem heutigen weiteren der Schenkung in Erfüllung sittlicher Pflichten ꝛc. auf. Hierher gehört z. B. Alimentation gewisser Verwandten, zu deren Unterhalt keine gesetzliche Pflicht besteht, — eines natürlichen Kindes beim Vorhandensein der exc. plurium concumbentium, — das Geben der üblichen Trinkgelder ꝛc.

der Rückforderung des Geleisteten erklärt sich hier daraus, daß die Leistung nicht grundlos ist, sondern (wie die wissentliche Leistung von nicht Geschuldetem) als Schenkung gedeutet werden muß. Der Schenkungscharakter macht sich auch materiell, z. B. im Pflichttheilsrecht geltend.

D. Schuldverhältnisse auf ideale Güter.

§ 141.

Die von uns gegebene Begriffsbestimmung der Schuldverhältnisse[1]) hat nicht den Sinn, daß letztere uns nur den Genuß materieller, insbesondere geldwerther Güter vermitteln. Die Aufgabe des Staats als Hüter der Rechtsordnung beschränkt sich bei einem hochentwickelten Kulturvolk nicht auf den Schutz des materiellen Güteraustauschs und überhaupt materieller Interessen. Daher verlangt § 241 BGB. keineswegs, daß die geschuldete Leistung eine Vermögensleistung sei oder für den Gläubiger einen Vermögenswerth habe. Ebensowenig ist dies aus dem Begriff des Schuldverhältnisses selbst zu folgern. Regelmäßig wird allerdings die Leistung, auf welche das Forderungsrecht geht, für den Berechtigten einen Vermögenswerth haben: die meisten und wichtigsten Schuldverhältnisse gehören zweifellos zu den Vermögensrechten (sind eine Vermögenspost). Aber nothwendig ist dies nicht[2]).

---

1) S. insbesondere oben § 138 Ziff. 8.

2) Anders war dies im röm. Recht. Hier bildeten die Obligationen mit den dinglichen Rechten zusammen die Hauptmasse des Vermögensrechts und als solche den Gegensatz zu den Familienrechten. Die Römer verlangen also für das Dasein eines Schuldverhältnisses nicht blos ein rechtliches Interesse überhaupt (darüber s. u.), sondern ein Geldinteresse. Cf. l. 9 § 2 Dig. de statulib. 46, 7. Der Grund lag darin, daß bei den Römern wenigstens ursprünglich eine Verurtheilung des Schuldners nur auf eine bestimmte Geldsumme möglich war. Ließ sich die Leistung also schließlich nicht in Geld schätzen, so war sie überhaupt nicht erzwingbar. Aber dieser Grund ist mit Aenderung unseres Prozeßrechts hinweggefallen. Schon das justinianeische Recht kennt eine Verurtheilung des Schuldners auf die Leistung selbst: z. B. die streitige Sache kann dem Schuldner mit Gewalt abgenommen werden, und im Uebrigen gibt es direkte Zwangsmittel, Strafandrohung ꝛc., um den Willen des Schuldners zu beugen. Ebenso im heutigen Prozeßrecht (§§ 883 ff., 887 ff. CPO.). Demgemäß bestand schon in der letzten Zeit des gemeinen Rechts lebhafter Streit darüber, ob an dem röm. Erforderniß des Vermögenswerthes der Leistung im Schuldverhältnisse noch festzuhalten sei. S. darüber Windscheid-Kipp, Pand. II § 250 Note 3 u. Cit. Für das Bürgerliche Gesetzbuch fällt das Haupthinderniß der Erstreckung auf Leistungen mit idealen Interessen, die positiven Aussprüche der röm. Quellen fort. Zustimmend Kohler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 12 S. 1, Stammler S. 2, Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 41 ff., Cosack § 80 Ziff. 3, Mathiaß § 72 Ziff. I C, Enneccerus § 147 IV Ziff. 3, Planck, Vorbem. z. II. Buch Ziff. II, Schollmeyer, desgl. Ziff. 4, die Motive I S. 8 und Protokolle I S. 278 ff. A. M. Hellwig im Archiv f. civ. Praxis Bd. 86

B. Perſonenmehrheit?

§ 139.

1. Jedes Schuldverhältniß hat zwei Subjekte: den Gläubiger und den Schuldner. Es fragt ſich aber, ob *auf der Gläubiger- oder Schuldnerſeite mehrere Perſonen als Berechtigte oder Verpflichtete* ſtehen können. Dies behauptete die ehemalige gemeinrechtliche Doktrin und ſprach hier von einer *objektiven Einheit der Obligation bei Mehrheit ihrer ſubjektiven Beziehungen*. Sie gründete darauf u. a. ihre Unterſcheidung von Korrealität und Solidarität[1]).

Eine ſolche Auffaſſung iſt in der Sache nicht begründet. Der Abſchluß der gemeinrechtlichen Entwickelung war auch, daß *hierin* der Unterſchied zwiſchen Solidar- und Korrealobligationen *nicht* zu ſuchen ſei[2]). Die größere Objektivirung der Schuldverhältniſſe im modernen Recht, von der im vorigen Paragraphen die Rede war, beſchränkt ſich auf die Tauglichmachung derſelben für den Verkehr. Im Uebrigen bleibt es dabei, daß, *ſo oft ein rechtliches Gebundenheitsverhältniß auf Leiſtung* im Sinne des § 241 beſteht, damit auch ein *Schuldverhältniß* vorliegt. Aehnlich wie auch, wenn Mehrere zuſammen klagen oder verklagt werden, trotz äußerlicher Einheit des Verfahrens ſoviel Prozeſſe vorhanden ſind als Kläger oder Beklagte[3]), ſo ſind, wenn mehrere Perſonen aus einem und demſelben Entſtehungsgrunde[4]) obligatoriſch berechtigt oder verpflichtet werden, ſoviel Schuld-

1) Vgl. Keller, Litiskonteſtation und Urtheil (1827) S. 443 ff.; Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen (1831) und die Pandektenlehrbücher von Windſcheid § 293, Arndts § 214, Wendt § 209 u. a.; Brinz, 2. Aufl. II §§ 235, 253, nahm Einheit der Obligation auch bei einfacher Solidarität an.

2) Gegen die Einheitstheorie ſind insbeſondere aufgetreten Czyhlarz in Grünhut's Ztſchr. Bd. 3 S. 59; Eiſele im Archiv f. civ. Praxis Bd. 77 S. 374; Mitteis, Die Individualiſirung der Obligation (1886) S. 49 ff.; Kuntze, Die Obligation S. 141; Dernburg, Pand. II § 72. Gegner ſind auch Unger in Ihering's Jahrb. Bd. 22 S. 207, Bd. 23 S. 106 (die mehreren Obligationen ſind in der Vorſtellung zu einer Einheit zuſammengefaßt), und Fitting, Die Natur der Korrealobligationen (1859), welcher mit Stintzing, Krit. Viſchr. Bd. 1 S. 509 ff. das Weſen der Korrealobligation darin erblickte, daß einſtweilen noch Ungewißheit hinſichtlich des das Schuldverhältniß definitiv auf ſich konzentrirenden Subjektes beſtehe (alſo das Weſen der Korrealobligation nach Art des oben § 138 Ziff. 5 Geſagten erklärt). Dies iſt jedenfalls folgerichtiger als die Theorie der Einheit bei ſubjektiver Mehrheit, entſpricht aber nicht den Quellen. Richtig iſt allein die Annahme ebenſovieler Obligationen als Subjekte auf der Gläubiger- oder Schuldnerſeite.

3) Quod actiones tot iudicia. Vgl. §§ 59 ff., beſ. 61 CPO.

4) *Aus derſelben juriſtiſchen Thatſache*; ſei ſie nun ein Vertrag, unerlaubte Handlung ꝛc. Ebenſo entſtehen aus einem *gegenſeitigen Vertrag*,

billige Zwangsversuche nicht selten scheitern werden. Doch reicht letzteres besonders für die Fälle nicht aus, wo nicht die Absicht zu schaden, sondern wohlmeinende Absicht vorliegt[11]). Hier bedarf es der näheren Bestimmung der Grenzen der Rechtssphäre. Diese umfaßt nun[12]) zweifellos keine Verabredungen über Dinge, welche nach unserer Lebensauffassung den Gebieten der Sitte und Sittlichkeit, des Anstands, den freien Aeußerungen der Liebe, Religion oder gar bloßer Laune und Einfällen der Geselligkeit angehören. Diese bilden den Gegensatz zu dem Gebiete des Verkehrs und der Geschäfte. Der rechtsgeschäftliche Verpflichtungswille ist hier zu verneinen[13]). Nur auf geschäftsmäßigem Boden entsteht hier, wie überhaupt, ein Schuldverhältniß[14]).

Daraus ergibt sich auch die nothwendige Abgrenzung der Schuldverhältnisse auf ideale Leistungen von den familienrechtlichen Ansprüchen[15]).

2. Die Schuldverhältnisse auf nicht vermögenswerthe Leistungen sind aber unvollkommen in einem anderen Sinne als die im vorigen Paragraphen besprochenen.

Die Verurtheilung des Schuldners kann regelmäßig nur auf die Leistung selbst durchgesetzt, Herstellung des vertragsmäßigen Zustands auch nach erfolgter Verletzung nur in natura begehrt werden. Sind die oben geschilderten Zwangsmittel erschöpft[16]), so findet ein weiterer Zwang nicht statt. Schadensersatz in Geld wegen der Nichterfüllung

---

11) Z. B. Jemand verspricht, dem Spiel oder dem Alkohol zu entsagen, — zu seiner nothwendigen Erholung die Nachtarbeit aufzugeben, — eine besondere Kur zu gebrauchen u. dgl.

12) Sowohl aus inneren Gründen, wie nach der positiven Vorschrift des § 534 BGB.

13) Darum wurde schon oben § 140 Ziff. III sogar das Entstehen eines unvollkommenen Schuldverhältnisses aus derartigen Gefühlsäußerungen verneint. Ein rechtsgeschäftlicher Verpflichtungswille wirkt, wenn vorhanden, hier nur unter dem Gesichtspunkte der Schenkung, die (arg. § 516 BGB.) eine Vermögenszuwendung voraussetzt. — Die Richtigkeit des im Text Gesagten ergibt sich auch aus einer Umwendung. Selbst eine vermögenswerthe Leistung erzeugt, wenn auf einem der in Rede stehenden außergeschäftlichen Gebiete zugesagt, kein Schuldverhältniß: z. B. die gesellschaftliche Zusage an einen Künstler, zu seiner nächsten Vorstellung ein Billet zu kaufen.

14) So mit Recht Kohler a. a. O., Planck. Danach kann beispielsweise das Unterlassen störenden Klavierspiels, das Nichtbetreten des Miethgartens zu bestimmten Zeiten oder durch Kinder, Dienstboten des Miethers, gültig versprochen und die Befolgung des Versprechens erzwungen werden.

15) Soweit nicht schon die oben § 137 Ziff. 2 gegebene Unterscheidung zutrifft.

16) Z. B. hat der Schuldner den Höchstbetrag der Geldstrafe erlegt, die Haft ausgehalten, so können diese Maßregeln wegen derselben Zuwiderhandlung nicht wiederholt werden. Vgl. §§ 888, 890 CPO. Durchgreifender sind §§ 888 ff. 892, 894 ff.

Rechtsverhältniß[7]), zu welchem die mehreren Schuldverhältnisse verbunden worden sind[8]).

2. Man hat behauptet, daß unter Umständen ein Schuldverhältniß mehreren Personen in der Art gemeinsam sei, daß das Recht nur von allen resp. gegen alle gemeinsam ausgeübt werden könne[9]). Man stellt sich die Sache vor, als säßen die verschiedenen Betheiligten auf der gemeinschaftlichen Forderung wie auf einem gemeinschaftlichen Eigenthum; und was auf der Gläubigerseite möglich sei, müsse dann auch entsprechend auf der Schuldnerseite möglich sein. Diese Vorstellung[10]) beachtet nicht die Verschiedenheit des Schuldverhältnisses von den dinglichen Rechten und geht der juristischen Natur der hier in Frage stehenden Verhältnisse nicht auf den Grund. In Betracht kommen folgende Fälle:

a) Wenn ein Schuldposten, an dem auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite mehrere Personen betheiligt sind, auf eine untheilbare Leistung[11]) geht, so scheint wegen der Untheilbarkeit des Gegenstands nur ein einziges Recht aufs Ganze vorzuliegen. Indessen bestimmt § 431 für mehrere Mitverpflichtete einer untheilbaren Leistung geradezu, daß sie als Gesammtschuldner haften. Und mit Recht. Warum sollten hier weniger selbständige Verpflichtungen für Jeden auf das Ganze entstehen, da letzteres nur einmal geleistet werden kann, als da es[12]) nur einmal geleistet werden soll!? Und wenn hier die Existenz mehrerer Einzelschuldverhältnisse auf das Ganze bei Mehrheit der Passivbetheiligten möglich ist und außer Zweifel steht, so ist sie auch bei Mehrheit der Aktivbetheiligten, also bei Gläubigermehrheit möglich. § 432 BGB. spricht nicht dagegen. Er modifizirt nur (aus praktischen Rücksichten) das Gläubigerrecht eines Jeden in der

---

7) Im Sinne von oben Note 4. Vgl. Stammler S. 247.

8) Wann die bei a erwähnte Vertheilung der Leistungspflicht auf die mehreren Subjekte (Gläubiger oder Schuldner) oder ein Gesammtschuldverhältniß entsteht, ist positiv, und mehrfach anders als im röm. Rechte entschieden. Darüber s. u. das VI. Kapitel §§ 206 ff. (Gesammtschuldverhältnisse).

9) Cosack §§ 119 Ziff. 3, 120 Ziff. 2; Dernburg § 166; Mathiaß I § 102 i. f.; Enneccerus I § 231 Ziff. III; Oertmann, Komm. vor § 420 Ziff. 5 b.

10) Welche in der That in einem Fall im Preuß. A.LR. (vgl. I, 5 § 453) durchgedrungen ist, nämlich für aktive Gesammtschuldverhältnisse (also im Gegensatz zu oben Ziff. 1 b). Ueber die geringe Folgerichtigkeit des Landrechts in Konstruktion des Begriffs der Schuldverhältnisse s. auch oben § 138 Note 8. Sie ist glücklich beseitigt. Ueber den Anschluß des modernen Rechts der Gesammtforderung an das römische Recht und die hierbei vorliegende Selbständigkeit eines jeden Gläubigers s. auch Dernburg § 164 bei und in Note 1.

11) Ueber die Frage der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Leistung s. u. § 145 Ziff. 4.

12) Wie oben Ziff. 1 b.

Kultur- und Rechtsentwickelung. Der Verkehr sucht die Rechtssicherheit nicht mehr im Buchstaben — weder des Gesetzes[1]) noch des von den Parteien abgeschlossenen Geschäfts[2]). Von einigen Ausnahmefällen abgesehen, wo im Interesse besonderer Schneidigkeit (zur Sicherung des Kredits) das Gegentheil eingeführt ist[3]), ist unser Schuldrecht kein ius strictum, sondern ein ius aequum, — alle Schuldverhältnisse sind jetzt (im römischen Sinne) obligationes bonae fidei. Diese Entwickelung schließt sich an die neueren Partikularrechte an[4]). Es hätte keinen Sinn mehr, z. B. das einfache Darlehen strenger zu behandeln, als Kauf und Miethe 2c. Daher stellt § 242 BGB. an die Spitze seiner Erörterungen über die Schuldverhältnisse den allgemeinen Satz, daß die Leistung so zu bewirken ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dies ist eine alle späteren Detailsätze ausgestaltende und modifizirende Norm[5]) — ein das ganze Schuldrecht beherrschender Leitsatz[6]). Auf dem Gebiet der rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen folgt er schon aus der wesentlich gleichlautenden Auslegungsvorschrift des § 157 für das Geschäft, auf dem das Schuldverhältniß beruht[7]). Aber § 242 geht weiter. Er umfaßt das ganze Schuldgebiet, also auch die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen und rein gesetzliche Verpflichtungen.

2. Der Inhalt der Norm über die Beurtheilung nach Treu und Glauben ist aus den früheren Ausführungen zu entnehmen[8]). Treu

1) S. darüber oben Bd. I § 20.

2) Oben Bd. I § 91. Die dortigen Ausführungen (einschließlich der Litteratur) gehören zum größten Theil auch hierher.

3) Vor Allem im Wechselrecht (Prinzip der sog. Wechselstrenge) und in den Fällen, in denen nach den Regeln des Indossaments, der Begebung eines Inhaberpapiers (§ 796 BGB.) oder der Annahme einer Anweisung (§ 784) 2c. das beklagtische Vorbringen besonders beschränkt ist. S. darüber unten § 303 Ziff. 3. Auch das oben Bd. I § 132 erwähnte Recht aus sog. vollstreckbaren Urkunden (§ 794 Ziff. 5 CPO.) kommt bis zu gewissem Grad als Ausnahme in Betracht.

4) S. z. B. Art. 1134, 1135 Code Napoléon.

5) Z. B. der Miether hat nach dem Ablauf des Miethverhältnisses für den Auszug eine angemessene Frist, welche sich unter Umständen, z. B. bei lebensgefährlicher Erkrankung eines Familiengliedes, verhältnißmäßig erstrecken läßt. Wenn die berüchtigten Formulare des Miethvertrags (auch wenn der Miether sie unterschrieben hat) unter Strafe der Exmission bestimmen, daß für jede Beschädigung der Wohnung gehaftet werde oder diese nach Kündigung jederzeit behufs Weitervermiethung besichtigt werden könne, so sind diese Klauseln von selbst nur im Sinne des Textes zu verstehen. Aehnlich die Klauseln der Pferdeverleiher, Versicherungsgesellschaften 2c. auf Reitkarten, Versicherungspolicen, öffentlichen Anschlägen aller Art. Nach dem Grundsatz des Textes richtet sich, was und wieviel ein Bediensteter zu arbeiten hat u. dgl.

6) Vgl. auch oben Bd. I § 13 Ziff. 2b.

7) S. o. Bd. I § 91.

8) Vgl. die oben cit. §§ 13 u. 91.

dann ordnet sich ihre Berechtigung und Verpflichtung zwanglos einer der oben geschilderten Rechtsgestaltungen unter. Insbesondere ist auch hier die Verpflichtung häufig eine solidarische. Dies gilt z. B. für die Geschäftsschulden der Gesellschafter (§§ 427, 709 ff., 714)[21]), für Miterben (§ 2058 BGB.). Daneben steht noch zuweilen die Befugniß der Mitschuldner z. B. Miterben (§ 2059 BGB.), den Gläubiger zum Zweck seiner Befriedigung zunächst auf das Sondervermögen zu verweisen, an welchem das Gesammthänderverhältniß besteht und zu welchem die Schuld als Passivum gehört[22]). In anderen Fällen hat der Gläubiger wenigstens das Recht, dieses Vermögen vorzugsweise zu seiner Befriedigung in Anspruch zu nehmen[23]). Immer figurirt auch der Posten als Schuldposten bei Liquidation dieser Gemeinschaft (s. §§ 733, 1475, 2046 BGB.). Alle diese Dinge sind aber nichts den betreffenden Schuldverhältnissen als solchen Eigenthümliches, sondern etwas Danebenstehendes, wie der Gegensatz der §§ 2058, 2059 deutlich ergibt. In den übrigen Fällen ist es nicht anders. Insoweit das gemeinschaftliche Vermögen der Mitschuldner in Anspruch genommen wird, wirkt das daran bestehende Gesammthänderverhältniß auch wider den Gläubiger[24]), sonst nicht. Die Frage nach etwaigen eigenthümlichen Grundsätzen der Verhaftung dieses oder jenes Vermögensstückes für eine Schuld ist aber nicht identisch mit der Frage nach der juristischen Natur des Schuldverhältnisses.

---

liche Gesellschafter) handelt. Ebenso bei der Haftung der Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten ꝛc.

21) Doch kommen auch getheilte Verpflichtungen vor, z. B. aus einer ungerechtfertigten Bereicherung des Gesellschaftsvermögens.

22) Man spricht von Gesellschaftsschulden, Gütergemeinschafts- und Nachlaßschulden.

23) Auch insofern nennt man alsdann die Schuld: Gesellschaftsschuld, Gesammtguts-, Nachlaßverbindlichkeit ꝛc. Jede Schuld kann unter Umständen diesen Charakter annehmen; aber dieser macht sich für den Gläubiger nur geltend, wenn er Befriedigung aus der Gesammtmasse sucht. Daraus, und nicht aus dem Wesen des Schuldverhältnisses an sich, ergibt sich das nähere Detail. Z. B. weil keiner der Mitschuldner an der gemeinschaftlichen Masse Verfügungsrecht hat, müssen die Miterben nach § 747 CPO. alle verklagt werden, — werden Gesellschafts-, Nachlaßgläubiger von den Privatgläubigern eines einzelnen Gesellschafters ꝛc. unterschieden, — kann keine Aufrechnung der Privatforderung wider einen Gesellschafter mit einer Gesellschaftsforderung stattfinden (§ 719 BGB.) u. s. w.

24) Diejenigen, welche die daraus sich ergebenden Eigenheiten für solche des Schuldverhältnisses selbst erklären, machen sich einer ähnlichen Verwechselung schuldig wie die, welche Schuldverhältnisse mit beschränkter Haftung konstruiren. S. dagegen schon oben Bd. I § 36 Note 12. In beiden Fällen wird etwas dem Schuldverhältniß Fremdes, selbständig Danebenstehendes in dessen Begriff hineingetragen und letzterer dadurch deformirt.

b) Ausnahmsweise gestattet das Gesetz die Begründung von Schuldverhältnissen durch einseitiges Rechtsgeschäft, sei es des Schuldners selbst (durch einseitiges Versprechen) oder seines Autors, d. h. desjenigen, welcher ihn überhaupt zu verpflichten die rechtliche Macht besitzt (z. B. des Erblassers nach §§ 2174 ff., des Stifters einer juristischen Person nach § 82 BGB. 2c.). Nur der erstgenannte Fall bedarf hier[10]) einer Erläuterung. Das einseitige Versprechen des Schuldners erzeugt nach § 305 BGB. eine gültige Verbindlichkeit in besonderen vom Gesetze zugelassenen Fällen. Diese sind[11]) die Auslobung (§§ 657 ff. BGB.) und das Versprechen aus Inhaberpapieren (§§ 793 ff.) zu Gunsten des künftigen Erwerbers des letzteren. Die betreffenden Schuldverhältnisse sind von eigenartigem Inhalt und vom Gesetz besonders geregelt. Wir behandeln sie im Zusammenhang mit verwandten Erscheinungen im speziellen Theil der Schuldverhältnisse. S. u. §§ 279, 310 ff.

2. Aehnlich verhält es sich mit allen denjenigen Schuldverhältnissen, die unabhängig vom Willen der Betheiligten aus anderen Thatsachen entstehen. Lediglich das Gesetz ist es, welches im Einzelfalle deren Wirkung bestimmt. Soweit die betreffenden Schuldverhältnisse daher nicht eine anderweite systematische Stellung finden[12]), gehören sie in den besonderen Theil. In Betracht kommen

condictio) auf Rückgabe, später auch (mit der actio praescriptis verbis) auf Vollzug der Gegenleistung verpflichtet. Das System der röm. Innominatkontrakte, sammt dem eigenthümlichen Neuerecht, das ihnen innewohnt, ist mit dem heutigen Prinzip der Gültigkeit aller Verträge auf Grund der einfachen Willensübereinstimmung der Parteien hinweggefallen. Jede Leistung aus vertraglicher Uebereinkunft erfolgt bei uns nicht contrahendi, sondern solvendi causa. — Unbenannte Verträge sind heutzutage lediglich die, welche keinen besonderen Namen haben resp. kein besonders (typisch) benanntes Schuldverhältniß erzeugen. Das führt unter Umständen zum Ausschluß gewisser für die einen oder anderen gegegebener besonderer Regeln, aber zu keiner abweichenden juristischen Struktur des Schuldverhältnisses.

10) In Gemäßheit des oben § 138 Ziff. 2 Gesagten.

11) Die anderen röm. Fälle: pollicitatio, votum (Tit. Dig. de pollicitat. 50, 12; c. 18 X. de cens. 3, 39) sind antiquirt. S. darüber Regelsberger, Erört. (1868) §§ 41—48 und Streifzüge (1892) S. 17; Windscheid, Pand. §§ 304, 308. Ob das germanische Recht derartige Fälle kannte ist bestritten. Vgl. Stobbe-Lehmann, D. Privatr. III § 219 Note 2; B. v. Lüdinghausen-Wolff, Die bindende Kraft des einseitigen Versprechens (Berl. Diss. 1889) S. 34. Von der bindenden Kraft der Vertragsofferte im heutigen Recht, sowie eventuell anderer empfangsbedürftiger Willenserklärungen nach deren Zugehen an den Adressaten war schon die Rede. S. o. Bd. I §§ 88 ff.

12) Wie z. B. der Anspruch auf Vorlegung von Sachen 2c. (s. o. Bd. I §§ 135—137); der familienrechtliche Anspruch auf Unterhalt. — Eine eigenthümliche Behandlung erfordert das sog. relative Unrecht (s. o. Bd. I § 107 Ziff. 1a). Dasselbe ist Unrecht mit Beziehung auf ein bestimmtes bestehendes Privatrechtsverhältniß mit obligatorischen Rechtsfolgen (vgl. § 138 Ziff. 3b). Aber

II. Gleichwohl wird gerade auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse ausnahmsweise der Zwangsschutz durch Klage[2]) versagt, während das Schuldverhältniß im Uebrigen von der Rechtsordnung anerkannt wird und daher auch gewisse andere Rechtswirkungen zu äußern fähig ist. Das Schuldverhältniß ist also von minderer Wirkung — ein unvollkommenes Schuldverhältniß. Demselben fehlt die Einforderbarkeit. Das Schuldverhältniß geht zwar (arg. § 241) auf eine Leistung; aber der Gläubiger kann die Bewirkung dieser Leistung nicht verlangen und gegen den Willen des Schuldners durchsetzen[3]). Nur wenn die Leistung freiwillig gemacht wird, kommt sie als „Erfüllung des Schuldverhältnisses" und folgeweise nicht als Schenkung in Betracht. Ebenso kann das Bestehen eines Schuldverhältnisses sich in anderen Beziehungen geltend machen. Aber mit Unterschieden. Dies führt uns auf die einzelnen Fälle der im Gesetze anerkannten unvollkommenen Verbindlichkeiten. Dieselben lassen sich auf folgende Gesichtspunkte zurückführen[4]).

1. Gewisse Verbindlichkeiten werden vom Gesetz mißbilligt. Zwar nicht in dem Maße, daß der Vertrag nichtig wäre, also gar kein Schuldverhältniß erzeugte[5]); aber doch so, daß das Gesetz die Einforderung des Geschuldeten versagt. Hierhin gehören:

a) Die Forderungen aus (gewöhnlichem) Spiel, der Wette, Lotterie- und Ausspielgeschäften, wenn sie nicht staatlich genehmigt sind, sowie aus Differenzgeschäften. §§ 762—764 BGB. Bei

---

Rechts soweit abkam, daß schließlich jede bestimmte Grenze nach Seite der Moral hin verloren ging. Mit dem Prinzip der „Naturalverbindlichkeiten" war daher von Grund aus zu brechen. Was heute vorkommt, sind bestimmt geartete einzelne Fälle von Schuldverhältnissen minderer Wirkung (unvollkommene Schuldverhältnisse).

2) Und was ihr gleichsteht. Ebenso durch Selbsthülfe.

3) Das Schuldverhältniß ist gegenüber § 241 ein unvollkommenes. Nicht ganz genau ist es, wenn § 762 in einem solchen Falle das Entstehen einer Verbindlichkeit überhaupt verneint. Doch wird dies durch den weiteren Inhalt des Paragraphen wieder richtig gestellt. S. auch u. Note 7.

4) Die im Folgenden aufgeführten Kategorien unvollkommener Schuldverhältnisse sind die einzigen. Irrig hat Ubbelohde, Jahrb. für Dogmatik Bd. 38 S. 216 ff., und nach ihm Mathiaß I § 72 Ziff. II noch einige andere Fälle hierher gezogen. S. auch Dernburg § 3 und bereits meine Grundlehren des franz. Obligationenrechts (1894) § 3. Anders Hellwig, Anspruch und Klagerecht (1900) S. 13 Note 22.

5) Vgl. §§ 134, 138 BGB. und oben Bd. I § 85. Hierhin gehören gewisse aus öffentlichen Gründen verbotene Spiele (im Gegensatz zu § 762 BGB.). — Umgekehrt gibt es auch völlig erlaubte Spiele, die im Gegensatz zum Text ein vollkommenes Schuldverhältniß erzeugen. S. z. B. § 763 BGB. und Differenzgeschäfte soweit sie auf Grund des § 69 BörsenG. u. des Art. 14 Ziff. 5 EG.HGB. besonders gestattet sind.

der Rückforderung des Geleisteten erklärt sich hier daraus, daß die Leistung nicht grundlos ist, sondern (wie die wissentliche Leistung von nicht Geschuldetem) als Schenkung gedeutet werden muß. Der Schenkungscharakter macht sich auch materiell, z. B. im Pflichttheilsrecht geltend.

D. Schuldverhältnisse auf ideale Güter.

§ 141.

Die von uns gegebene Begriffsbestimmung der Schuldverhältnisse[1]) hat nicht den Sinn, daß letztere uns nur den Genuß materieller, insbesondere geldwerther Güter vermitteln. Die Aufgabe des Staats als Hüter der Rechtsordnung beschränkt sich bei einem hochentwickelten Kulturvolk nicht auf den Schutz des materiellen Güteraustauschs und überhaupt materieller Interessen. Daher verlangt § 241 BGB. keineswegs, daß die geschuldete Leistung eine Vermögensleistung sei oder für den Gläubiger einen Vermögenswerth habe. Ebensowenig ist dies aus dem Begriff des Schuldverhältnisses selbst zu folgern. Regelmäßig wird allerdings die Leistung, auf welche das Forderungsrecht geht, für den Berechtigten einen Vermögenswerth haben: die meisten und wichtigsten Schuldverhältnisse gehören zweifellos zu den Vermögensrechten (sind eine Vermögenspost). Aber nothwendig ist dies nicht[2]).

---

1) S. insbesondere oben § 138 Ziff. 3.

2) Anders war dies im röm. Recht. Hier bildeten die Obligationen mit den dinglichen Rechten zusammen die Hauptmasse des Vermögensrechts und als solche den Gegensatz zu den Familienrechten. Die Römer verlangen also für das Dasein eines Schuldverhältnisses nicht blos ein rechtliches Interesse überhaupt (darüber s. u.), sondern ein Geldinteresse. Cf. l. 9 § 2 Dig. de statulib. 46, 7. Der Grund lag darin, daß bei den Römern wenigstens ursprünglich eine Verurtheilung des Schuldners nur auf eine bestimmte Geldsumme möglich war. Ließ sich die Leistung also schließlich nicht in Geld schätzen, so war sie überhaupt nicht erzwingbar. Aber dieser Grund ist mit Aenderung unseres Prozeßrechts hinweggefallen. Schon das justinianeische Recht kennt eine Verurtheilung des Schuldners auf die Leistung selbst: z. B. die streitige Sache kann dem Schuldner mit Gewalt abgenommen werden, und im Uebrigen gibt es direkte Zwangsmittel, Strafandrohung ꝛc., um den Willen des Schuldners zu beugen. Ebenso im heutigen Prozeßrecht (§§ 883 ff., 887 ff. CPO.). Demgemäß bestand schon in der letzten Zeit des gemeinen Rechts lebhafter Streit darüber, ob an dem röm. Erforderniß des Vermögenswerthes der Leistung im Schuldverhältnisse noch festzuhalten sei. S. darüber Windscheid-Kipp, Pand. II § 250 Note 3 u. Cit. Für das Bürgerliche Gesetzbuch fällt das Haupthinderniß der Erstreckung auf Leistungen mit idealen Interessen, die positiven Aussprüche der röm. Quellen fort. Zustimmend Kohler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 12 S. 1, Stammler S. 2, Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 41 ff., Cosack § 80 Ziff. 3, Mathiaß § 72 Ziff. I C, Enneccerus § 147 IV Ziff. 3, Planck, Vorbem. z. II. Buch Ziff. II, Schollmeyer, desgl. Ziff. 4, die Motive I S. 8 und Protokolle I S. 278 ff. A. M. Hellwig im Archiv f. civ. Praxis Bd. 86

1. Freilich wird man beim Hinausgehen über das vermögensrechtliche Gebiet besonders vorsichtig sein müssen. Nicht jede Verabredung erzeugt ein Schuldverhältniß. Einen Anhaltspunkt gibt zunächst, ob die Leistung prozessualisch erzwingbar ist. Das ist sie stets, wenn die betreffende Handlung in Ermangelung des Schuldners auch von einem Dritten vorgenommen werden kann[3]). Sie wird dann auf Kosten des Schuldners durch Dritte vollzogen. § 887 CPO. Kann die Handlung von keinem Dritten vorgenommen werden und hängt ihre Vornahme ausschließlich vom Willen des Schuldners ab[4]), oder hat sich der Schuldner zu einer Unterlassung oder Duldung fremder Handlungen verpflichtet[5]), so kann er heutzutage zur Erfüllung seiner Verpflichtung durch direkte Zwangsmittel (Geldstrafe bis zum Betrage von 1500 M. oder Haft) angehalten werden. §§ 888, 890 CPO. Unzulässig ist der Zwang nur zur Bewirkung der Eingehung einer Ehe, Herstellung des ehelichen Lebens und zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage[6]). — Selbstverständlich ist auch, daß die bedungene Handlung oder Unterlassung nicht gegen ein gesetzliches Verbot, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen darf. Das Schuldverhältniß wäre sonst schon nach allgemeinen Grundsätzen nichtig[7]).

Aber auch in dem so abgesteckten Rahmen erzeugt keineswegs jede Verabredung eines bestimmten Thuns ꝛc. ein Schuldverhältniß[8]). Manche verlangen, daß der Gläubiger, wenn auch kein Geldinteresse, so doch ein anderes „schutzwürdiges Interesse" an der Leistung haben müsse[9]). Diese Formulirung bringt uns der Sache nicht näher. Als feste Grenzen haben wir einmal das allgemeine Chikaneverbot[10]), an dem un-

S. 223 und Verträge auf Leistungen an Dritte (1899) S. 54, Dernburg § 84, Endemann I § 109, Oertmann zu § 241.

3) Z. B. der Schuldner hat sich zur Vornahme einer Abrechnung, einer Abschrift, der Einsicht einer Urkunde und Berichterstattung über deren Inhalt verpflichtet.

4) Hängt sie nicht blos von seinem Willen ab, so ist überhaupt jeder Zwang unnütz. Denn objektive Hindernisse der Rechtsverfolgung kann der Staat überhaupt nicht hinwegräumen. S. o. Bd. I § 29 Note 10.

5) Z. B. der Schuldner hat sich verpflichtet, zu gewissen Tages- oder Nachtstunden in seiner Wohnung nicht Klavier zu spielen, um die Arbeit oder Ruhe eines Anderen nicht zu stören; er hat sich verpflichtet, seinen Garten oder Park zu gewissen Stunden einem Anderen zum Spaziergang offen zu halten u. dgl.

6) Letzteres ist eine sehr wichtige Einschränkung. Z. B. der Zwang eines Dienstboten manu militari zum Dienstantritt ist unstatthaft.

7) S. o. Bd. I § 85.

8) Z. B. die Verabredung zu einem Spaziergang, das Engagement zu einem Tanz u. dgl. sind keine Schuldverhältnisse.

9) So Enneccerus I § 147 IV Ziff. 3. Aber welches Interesse ist „schutzwürdig"? Oder Stammler a. a. O. Welches Interesse ist „objektiv berechtigt"?

10) S. § 226 BGB. und oben Bd. 1 § 121 Ziff. 1.

der Rückforderung des Geleisteten erklärt sich hier daraus, daß die Leistung nicht grundlos ist, sondern (wie die wissentliche Leistung von nicht Geschuldetem) als Schenkung gedeutet werden muß. Der Schenkungscharakter macht sich auch materiell, z. B. im Pflichttheilsrecht geltend.

D. Schuldverhältnisse auf ideale Güter.

§ 141.

Die von uns gegebene Begriffsbestimmung der Schuldverhältnisse[1]) hat nicht den Sinn, daß letztere uns nur den Genuß materieller, insbesondere geldwerther Güter vermitteln. Die Aufgabe des Staats als Hüter der Rechtsordnung beschränkt sich bei einem hochentwickelten Kulturvolk nicht auf den Schutz des materiellen Güteraustauschs und überhaupt materieller Interessen. Daher verlangt § 241 BGB. keineswegs, daß die geschuldete Leistung eine Vermögensleistung sei oder für den Gläubiger einen Vermögenswerth habe. Ebensowenig ist dies aus dem Begriff des Schuldverhältnisses selbst zu folgern. Regelmäßig wird allerdings die Leistung, auf welche das Forderungsrecht geht, für den Berechtigten einen Vermögenswerth haben: die meisten und wichtigsten Schuldverhältnisse gehören zweifellos zu den Vermögensrechten (sind eine Vermögenspost). Aber nothwendig ist dies nicht[2]).

---

1) S. insbesondere oben § 138 Ziff. 3.

2) Anders war dies im röm. Recht. Hier bildeten die Obligationen mit den dinglichen Rechten zusammen die Hauptmasse des Vermögensrechts und als solche den Gegensatz zu den Familienrechten. Die Römer verlangen also für das Dasein eines Schuldverhältnisses nicht blos ein rechtliches Interesse überhaupt (darüber s. u.), sondern ein Geldinteresse. Cf. l. 9 § 2 Dig. de statulib. 46, 7. Der Grund lag darin, daß bei den Römern wenigstens ursprünglich eine Verurtheilung des Schuldners nur auf eine bestimmte Geldsumme möglich war. Ließ sich die Leistung also schließlich nicht in Geld schätzen, so war sie überhaupt nicht erzwingbar. Aber dieser Grund ist mit Aenderung unseres Prozeßrechts hinweggefallen. Schon das justinianeische Recht kennt eine Verurtheilung des Schuldners auf die Leistung selbst: z. B. die streitige Sache kann dem Schuldner mit Gewalt abgenommen werden, und im Uebrigen gibt es direkte Zwangsmittel, Strafandrohung ꝛc., um den Willen des Schuldners zu beugen. Ebenso im heutigen Prozeßrecht (§§ 883 ff., 887 ff. CPO.). Demgemäß bestand schon in der letzten Zeit des gemeinen Rechts lebhafter Streit darüber, ob an dem röm. Erforderniß des Vermögenswerthes der Leistung im Schuldverhältnisse noch festzuhalten sei. S. darüber Windscheid-Kipp, Pand. II § 250 Note 3 u. Cit. Für das Bürgerliche Gesetzbuch fällt das Haupthinderniß der Erstreckung auf Leistungen mit idealen Interessen, die positiven Aussprüche der röm. Quellen fort. Zustimmend Kohler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 12 S. 1, Stammler S. 2, Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 41 ff., Cosack § 80 Ziff. 3, Mathiaß § 72 Ziff. I C, Enneccerus § 147 IV Ziff. 3, Planck, Vorbem. z. II. Buch Ziff. II, Schollmeyer, desgl. Ziff. 4, die Motive I S. 8 und Protokolle I S. 278 ff. A. M. Hellwig im Archiv f. civ. Praxis Bd. 86

1. Freilich wird man beim Hinausgehen über das vermögensrechtliche Gebiet besonders vorsichtig sein müssen. Nicht jede Verabredung erzeugt ein Schuldverhältniß. Einen Anhaltspunkt gibt zunächst, ob die Leistung prozessualisch erzwingbar ist. Das ist sie stets, wenn die betreffende Handlung in Ermangelung des Schuldners auch von einem Dritten vorgenommen werden kann[3]). Sie wird dann auf Kosten des Schuldners durch Dritte vollzogen. § 887 CPO. Kann die Handlung von keinem Dritten vorgenommen werden und hängt ihre Vornahme ausschließlich vom Willen des Schuldners ab[4]), oder hat sich der Schuldner zu einer Unterlassung oder Duldung fremder Handlungen verpflichtet[5]), so kann er heutzutage zur Erfüllung seiner Verpflichtung durch direkte Zwangsmittel (Geldstrafe bis zum Betrage von 1500 M. oder Haft) angehalten werden. §§ 888, 890 CPO. Unzulässig ist der Zwang nur zur Bewirkung der Eingehung einer Ehe, Herstellung des ehelichen Lebens und zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage[6]). — Selbstverständlich ist auch, daß die bedungene Handlung oder Unterlassung nicht gegen ein gesetzliches Verbot, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen darf. Das Schuldverhältniß wäre sonst schon nach allgemeinen Grundsätzen nichtig[7]).

Aber auch in dem so abgesteckten Rahmen erzeugt keineswegs jede Verabredung eines bestimmten Thuns ꝛc. ein Schuldverhältniß[8]). Manche verlangen, daß der Gläubiger, wenn auch kein Geldinteresse, so doch ein anderes „schutzwürdiges Interesse" an der Leistung haben müsse[9]). Diese Formulirung bringt uns der Sache nicht näher. Als feste Grenzen haben wir einmal das allgemeine Chikaneverbot[10]), an dem un-

S. 223 und Verträge auf Leistungen an Dritte (1899) S. 54, Dernburg § 84, Endemann I § 109, Oertmann zu § 241.

3) Z. B. der Schuldner hat sich zur Vornahme einer Abrechnung, einer Abschrift, der Einsicht einer Urkunde und Berichterstattung über deren Inhalt verpflichtet.

4) Hängt sie nicht blos von seinem Willen ab, so ist überhaupt jeder Zwang unnütz. Denn objektive Hindernisse der Rechtsverfolgung kann der Staat überhaupt nicht hinwegräumen. S. o. Bd. I § 29 Note 10.

5) Z. B. der Schuldner hat sich verpflichtet, zu gewissen Tages- oder Nachtstunden in seiner Wohnung nicht Klavier zu spielen, um die Arbeit oder Ruhe eines Anderen nicht zu stören; er hat sich verpflichtet, seinen Garten oder Park zu gewissen Stunden einem Anderen zum Spaziergang offen zu halten u. dgl.

6) Letzteres ist eine sehr wichtige Einschränkung. Z. B. der Zwang eines Dienstboten manu militari zum Dienstantritt ist unstatthaft.

7) S. o. Bd. I § 85.

8) Z. B. die Verabredung zu einem Spaziergang, das Engagement zu einem Tanz u. dgl. sind keine Schuldverhältnisse.

9) So Enneccerus I § 147 IV Ziff. 3. Aber welches Interesse ist „schutzwürdig"? Oder Stammler a. a. O. Welches Interesse ist „objektiv berechtigt"?

10) S. § 226 BGB. und oben Bd. 1 § 121 Ziff. 1.

billige Zwangsversuche nicht selten scheitern werden. Doch reicht letzteres besonders für die Fälle nicht aus, wo nicht die Absicht zu schaden, sondern wohlmeinende Absicht vorliegt[11]). Hier bedarf es der näheren Bestimmung der Grenzen der Rechtssphäre. Diese umfaßt nun[12]) zweifellos keine Verabredungen über Dinge, welche nach unserer Lebensauffassung den Gebieten der Sitte und Sittlichkeit, des Anstands, den freien Aeußerungen der Liebe, Religion oder gar bloßer Laune und Einfällen der Geselligkeit angehören. Diese bilden den Gegensatz zu dem Gebiete des Verkehrs und der Geschäfte. Der rechtsgeschäftliche Verpflichtungswille ist hier zu verneinen[13]). Nur auf geschäftsmäßigem Boden entsteht hier, wie überhaupt, ein Schuldverhältniß[14]).

Daraus ergibt sich auch die nothwendige Abgrenzung der Schuldverhältnisse auf ideale Leistungen von den familienrechtlichen Ansprüchen[15]).

2. Die Schuldverhältnisse auf nicht vermögenswerthe Leistungen sind aber unvollkommen in einem anderen Sinne als die im vorigen Paragraphen besprochenen.

Die Verurtheilung des Schuldners kann regelmäßig nur auf die Leistung selbst durchgesetzt, Herstellung des vertragsmäßigen Zustands auch nach erfolgter Verletzung nur in natura begehrt werden. Sind die oben geschilderten Zwangsmittel erschöpft[16]), so findet ein weiterer Zwang nicht statt. Schadensersatz in Geld wegen der Nichterfüllung

---

11) Z. B. Jemand verspricht, dem Spiel oder dem Alkohol zu entsagen, — zu seiner nothwendigen Erholung die Nachtarbeit aufzugeben, — eine besondere Kur zu gebrauchen u. dgl.

12) Sowohl aus inneren Gründen, wie nach der positiven Vorschrift des § 534 BGB.

13) Darum wurde schon oben § 140 Ziff. III sogar das Entstehen eines unvollkommenen Schuldverhältnisses aus derartigen Gefühlsäußerungen verneint. Ein rechtsgeschäftlicher Verpflichtungswille wirkt, wenn vorhanden, hier nur unter dem Gesichtspunkte der Schenkung, die (arg. § 516 BGB.) eine Vermögenszuwendung voraussetzt. — Die Richtigkeit des im Text Gesagten ergibt sich auch aus einer Umwendung. Selbst eine vermögenswerthe Leistung erzeugt, wenn auf einem der in Rede stehenden außergeschäftlichen Gebiete zugesagt, kein Schuldverhältniß: z. B. die gesellschaftliche Zusage an einen Künstler, zu seiner nächsten Vorstellung ein Billet zu kaufen.

14) So mit Recht Kohler a. a. O., Planck. Danach kann beispielsweise das Unterlassen störenden Klavierspiels, das Nichtbetreten des Miethgartens zu bestimmten Zeiten oder durch Kinder, Dienstboten des Miethers, gültig versprochen und die Befolgung des Versprechens erzwungen werden.

15) Soweit nicht schon die oben § 137 Ziff. 2 gegebene Unterscheidung zutrifft.

16) Z. B. hat der Schuldner den Höchstbetrag der Geldstrafe erlegt, die Haft ausgehalten, so können diese Maßregeln wegen derselben Zuwiderhandlung nicht wiederholt werden. Vgl. §§ 888, 890 CPO. Durchgreifender sind §§ 883 ff., 892, 894 ff.

kann hier nur in besonderen Fällen verlangt werden. S. §§ 249, 253 BGB. Für die Regel wird angenommen, daß ideale Güter und Geld inkommensurabele Größen seien, daß also die Verletzung durch Geld nicht aufgewogen werden könne[17]). Daß dieser Standpunkt ein irriger ist, beweisen die Ausnahmefälle[18]), — der neben strafrechtlicher Verurtheilung in so vielen Fällen ideeller Interessenverletzung zugelassene Anspruch auf Buße[19]), — beweist endlich eine ausgedehnte Praxis des Auslandes, die einen Vermögensersatz zur Ausgleichung ideeller Schäden und Interessenverletzungen auch ohne Konkurrenz mit krimineller Bestrafung des Thäters unbedenklich gewährt[20]). Die Halbheit unseres Gesetzes in dieser Beziehung wird zu überwinden sein.

E. Bewirkung der Leistung nach Treu und Glauben*.

§ 142.

1. Das ganze Schuldrecht wird heutzutage durch das Prinzip von Treu und Glauben beherrscht. Dies ist ein Fortschritt der modernen

---

17) Dagegen kann man sich in gewissen Fällen durch Beredung einer Vertragsstrafe (s. u. § 178) für Zuwiderhandlungen helfen.

18) Bei Körperverletzung, Freiheitsentziehung, Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre (§ 847 BGB.), Verführung der unbescholtenen Verlobten (§ 1300), wo für die erlittenen Schmerzen, die entzogene Freiheit, Defloration ꝛc. nun doch eine „billige Entschädigung" in Geld gewährt werden soll, obschon die genannte Inkommensurabilität besteht! In Wahrheit ist sie gar nicht vorhanden. Denn alle menschlichen Glücksgüter berühren sich in dem Punkte des individuellen Genusses, der, wenn auf der einen Seite unwiederbringlich gestört, auf einer anderen um so reicher zugewogen werden kann. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist hier in scholastischen Erwägungen stecken geblieben. Es hat sich im Wesentlichen nicht über die schon im bisherigen gemeinen Recht anerkannten Fälle der Schmerzensgeld- und Deflorationsklage hinauszugehen getraut. Vgl. aus dem älteren Recht noch l. 33 pr. Dig. ad l. Aquil. 9, 2; l. 54 pr. Dig. mand. 17, 1. Preuß. A.L.R. I Tit. 6 § 87.

19) Bei Beleidigungen und Körperverletzungen (§§ 188, 231 StGB.) und zahlreichen Verletzungen des Urheberrechts und anderer immaterieller Rechtsgüter. S. u. § 152.

20) Vgl. Kohler, Patentrecht (1878) S. 651 und im Archiv für bürg. Recht Bd. 5 S. 256; Crome (Zachariä), Handbuch des französ. Civilrechts Bd. 2 § 415 Note 1a S. 763 mit zahlreichen ausländischen Zeugnissen. Zustimmend Jhering i. d. Jahrb. f. Dogmatik Bd. 18 S. 41; Unger, Zur Lehre vom Schadensersatz in Grünhut's Ztschr. Bd. 8 S. 209; Pfaff, das. Bd. 8 S. 613; Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht (1889) S. 196 ff., 266; v. Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privat- und Strafrecht bei Bekker u. Fischer (1889) S. 29 ff. u. a. — Auch in § 343 Abs. 1 wird das berechtigte Interesse des Gläubigers, das nicht blos Vermögensinteresse ist, bei der Herabsetzung des Geldanspruchs berücksichtigt.

*) Vgl. Stammler, Schuldverh. §§ 9—13; Hachenburg, Vortr. 2. Aufl. Das Prinzip von Treu und Glauben; Endemann I § 100; Dernburg §§ 9—10.

Kultur- und Rechtsentwickelung. Der Verkehr sucht die Rechtssicherheit nicht mehr im Buchstaben — weder des Gesetzes[1]) noch des von den Parteien abgeschlossenen Geschäfts[2]). Von einigen Ausnahmefällen abgesehen, wo im Interesse besonderer Schneidigkeit (zur Sicherung des Kredits) das Gegentheil eingeführt ist[3]), ist unser Schuldrecht kein ius strictum, sondern ein ius aequum, — alle Schuldverhältnisse sind jetzt (im römischen Sinne) obligationes bonae fidei. Diese Entwickelung schließt sich an die neueren Partikularrechte an[4]). Es hätte keinen Sinn mehr, z. B. das einfache Darlehen strenger zu behandeln, als Kauf und Miethe ꝛc. Daher stellt § 242 BGB. an die Spitze seiner Erörterungen über die Schuldverhältnisse den allgemeinen Satz, daß die Leistung so zu bewirken ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dies ist eine alle späteren Detailsätze ausgestaltende und modifizirende Norm[5]) — ein das ganze Schuldrecht beherrschender Leitsatz[6]). Auf dem Gebiet der rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen folgt er schon aus der wesentlich gleichlautenden Auslegungsvorschrift des § 157 für das Geschäft, auf dem das Schuldverhältniß beruht[7]). Aber § 242 geht weiter. Er umfaßt das ganze Schuldgebiet, also auch die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen und rein gesetzliche Verpflichtungen.

2. Der Inhalt der Norm über die Beurtheilung nach Treu und Glauben ist aus den früheren Ausführungen zu entnehmen[8]). Treu

---

1) S. darüber oben Bd. I § 20.

2) Oben Bd. I § 91. Die dortigen Ausführungen (einschließlich der Litteratur) gehören zum größten Theil auch hierher.

3) Vor Allem im Wechselrecht (Prinzip der sog. Wechselstrenge) und in den Fällen, in denen nach den Regeln des Indossaments, der Begebung eines Inhaberpapiers (§ 796 BGB.) oder der Annahme einer Anweisung (§ 784) ꝛc. das beklagtische Vorbringen besonders beschränkt ist. S. darüber unten § 303 Ziff. 3. Auch das oben Bd. I § 182 erwähnte Recht aus sog. vollstreckbaren Urkunden (§ 794 Ziff. 5 CPO.) kommt bis zu gewissem Grad als Ausnahme in Betracht.

4) S. z. B. Art. 1134, 1135 Code Napoléon.

5) Z. B. der Miether hat nach dem Ablauf des Miethverhältnisses für den Auszug eine angemessene Frist, welche sich unter Umständen, z. B. bei lebensgefährlicher Erkrankung eines Familiengliedes, verhältnißmäßig erstrecken läßt. Wenn die berüchtigten Formulare des Miethvertrags (auch wenn der Miether sie unterschrieben hat) unter Strafe der Exmission bestimmen, daß für jede Beschädigung der Wohnung gehaftet werde oder diese nach Kündigung jederzeit behufs Weitervermiethung besichtigt werden könne, so sind diese Klauseln von selbst nur im Sinne des Textes zu verstehen. Aehnlich die Klauseln der Pferdeverleiher, Versicherungsgesellschaften ꝛc. auf Reitkarten, Versicherungspolicen, öffentlichen Anschlägen aller Art. Nach dem Grundsatz des Textes richtet sich, was und wieviel ein Bediensteter zu arbeiten hat u. dgl.

6) Vgl. auch oben Bd. I § 13 Ziff. 2b.

7) S. o. Bd. I § 91.

8) Vgl. die oben cit. §§ 13 u. 91.

und Glauben sind die allgemeinen sittlichen Grundlagen des Verkehrs[9]), nach denen (im Gegensatz zum Buchstaben) der Inhalt der Verpflichtung zu bestimmen ist. Entscheidend ist die Auffassung der Allgemeinheit, nicht die subjektive Ansicht der Parteien des Schuldverhältnisses. Auf der anderen Seite ist bei der Beurtheilung auf die Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen[10]). Diese ist zeitlich und örtlich, ja selbst unter Umständen nach der Art des Personenkreises, dem Gläubiger und Schuldner angehören, eine verschiedene (z. B. eine andere in Börsenkreisen als unter Landleuten). Uebrigens ist die Verkehrssitte nicht selbständige Beurtheilungsnorm, sondern nur adminikulirend bei der Beurtheilung der Leistung nach Treu und Glauben in Betracht zu ziehen[11]). Dabei ist die Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses und der Ort, dessen Sitten sich die Parteien vermuthlich unterwerfen wollten, zu berücksichtigen. Ist kein derartiger Ort ersichtlich, so ist die Sitte desjenigen Ortes maßgebend, dessen Rechten das Schuldverhältniß im Allgemeinen untersteht[12]); es sei denn daß diese Ortssitte beiden Parteien nicht bekannt war[13]).

3. Die Vorschrift des § 242 BGB. ist eine zwingende Rechtsnorm, daher vom Richter von Amtswegen[14]) zu beachten[15]). Das Schuldverhältniß wird von der Rechtsordnung nur mit einem im obigen Rahmen befindlichen Inhalt zugelassen. Dies bestimmt die Verpflichtungen des Schuldners zu seinem Vortheil oder Nachtheil gegenüber dem Gläubiger, und ist insofern auch für den letzteren maßgebend.

---

9) Wohl zu unterscheiden vom guten Glauben des Einzelnen. Treu und Glauben ist etwas Objektives: die Auffassung der Allgemeinheit über Redlichkeit und Anstand. Anderseits darf man das Ideal auch nicht zu hoch stecken (wie Stammler S. 40ff.). Dies überschreitet die Aufgaben des Rechts und verträgt sich nicht mit der gleichzeitig geforderten Berücksichtigung der „Verkehrssitte", welcher derartige Ideale fremd sind (s. u.).

10) Im Handelsrecht (unter Kaufleuten, in Ansehung der Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen) auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche. § 346 HGB.

11) Nach Maßgabe des oben Bd. I § 18 nach Note 18 Gesagten.

12) S. o. Bd. I § 28 Ziff. 5. So, obschon die Verkehrssitte als solche Recht im objektiven Sinne nicht ist. Dies zeigt sich gleich im Folgenden (Unanwendbarkeit bei Unbekanntschaft der Parteien mit der betreffenden Ortssitte). — Im Allgemeinen entscheidet also in Zweifelsfällen die für den Schuldner maßgebende Ortssitte (arg. Bd. I § 28 zu Note 44).

13) War sie blos dem Schuldner unbekannt, so kann die Beurtheilung des Schuldverhältnisses nach Treu und Glauben dennoch zu ihrer Anwendung führen: wenn nämlich der Gläubiger die Bekanntschaft des Schuldners mit jener Sitte erwarten durfte. S. auch Dernburg § 10 Ziff. III.

14) Z. B. im Prozesse auch bei Ausbleiben des Beklagten.

15) Es entsteht daher (ähnlich wie in § 226 BGB.) nicht blos eine Einrede (exceptio doli) für den Schulder. S. schon oben Bd. I § 36 zu Note 18. S. auch Stammler S. 49.

II. Entstehungsgründe*.

§ 143.

Selbständige Schuldverhältnisse[1]) entstehen nach Maßgabe unserer früheren Erörterungen über die Bestimmung der Obligation[2]). Die Schuldverhältnisse dienen dazu, Aenderungen in den Privatrechtsverhältnissen der Einzelnen zu vermitteln, und treten daher überall auf, wo das Bedürfniß solcher Aenderung vorliegt. Das Bedürfniß beruht aber entweder auf den freien Entschließungen der Parteien im Rechtsverkehr oder auf höheren Gründen der Rechtsordnung. Demgemäß entstehen die Schuldverhältnisse entweder freiwillig aus Rechtsgeschäften, oder unfreiwillig aus anderen Thatbeständen, an welche die Rechtsordnung die Entstehung eines Schuldverhältnisses knüpft[3]).

1. Die rechtsgeschäftliche Entstehung von Schuldverhältnissen umfaßt das ganze rechtsgeschäftliche Gebiet (Bd. I §§ 73 ff.). Hauptsächlichster Entstehungsgrund sind danach

a) die Verträge. Diese erzeugen immer ein Schuldverhältniß, wenn nur der Wille der Parteien auf die Begründung eines solchen gerichtet ist[4]). Ebenso können die Parteien durch Vertrag jede beliebige Aenderung an einem zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnisse herbeiführen, soweit nicht besondere gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen. § 305 BGB. Die betreffenden Schuldverhältnisse beurtheilen sich im

---

*) Vgl. Hesse, Ueber das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen röm. Rechts (1868); Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge (1881); Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873); Dernburg §§ 78 ff.; Endemann I §§ 95, 101, 105; Cosack § 81; Mathiaß I § 85; Enneccerus I §§ 175 ff.

1) Von denen wir nach § 138 Ziff. 2 oben in diesem Buche allein handeln.

2) Oben § 138 Ziff. 3.

3) Diese Erklärung aus dem Wesen des Schuldverhältnisses heraus ist heutzutage die allein zutreffende. Die röm. Eintheilung der Entstehungsgründe, die wir bei Gaius (III, 88) und Justinian (§ 2 J. de obl. 3, 13; l. 1, 4, 5 Dig. de O. et A. 44, 7) finden, ist weder brauchbar noch erschöpfend. Hiernach entstehen die Schuldverhältnisse: ex contractu, ex delicto und ex variis causarum figuris (quasi ex contractu und quasi ex delicto). Die röm. contractus nun umfaßten keineswegs alle Rechtsgeschäfte, ja nicht einmal alle Verträge (s. u. Note 9). Wollten wir dies aber auch in der unten § 166 geschilderten Weise ausgestalten und verallgemeinern, so bleibt die Eintheilung doch noch immer eine äußerliche, insbesondere bleibt das Wesen der obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto in allen Fällen unklar. Einen Aufschluß über die Entstehungsgründe der Obligation gibt die Eintheilung nicht. Es wird nur gesagt, daß der Schuldner einmal mehr nach Kontraktsgrundsätzen, das andere Mal mehr nach Deliktsgrundsätzen behandelt werde.

4) Beim Vorliegen der allgemeinen Gültigkeitserforderniße des Geschäfts. S. insbes. Bd. I §§ 79, 83 ff.

Uebrigen ausschließlich nach dem speziellen Inhalt der Vereinbarung. Manche im Verkehr besonders häufig vorkommende Schuldverhältnisse dieser Art hat die Rechtsordnung mit eigenen Namen ausgezeichnet (wie Kauf, Tausch, Darlehen, Gesellschaft u. dgl.), und besondere Vorschriften dafür aufgestellt. Diese Vorschriften bilden den Hauptinhalt des „speziellen Theils" des Schuldrechts[5]). Auch sie sind in ihrer überwiegenden Mehrheit weder zwingend[6]), noch sind die in ihnen behandelten einzelnen Schuldverhältnisse die einzig möglichen. Im Gegentheil, die Parteivereinbarung ist im Stande, wirksame Schuldverhältnisse zu erzeugen, welche unter keinen der behandelten speziellen Schuldtypen fallen, — deren Inhalt vielmehr lediglich nach der besonderen Abrede und im Uebrigen nach den allgemeinen Grundsätzen des ersten Buches und des vorliegenden Abschnitts (des allgemeinen Schuldrechts) zu beurtheilen ist. In diesem Sinne enthält letzterer thatsächlich für viele Fälle die ausschließlichen Schuldnormen[7]). Verträge, welche keinen der hier besprochenen speziellen Schuldtypen erzeugen[8]), kann man unbenannte Verträge (im modernen Sinne) nennen[9]).

---

5) Unseres zweiten Abschnitts (s. u. §§ 210 ff.) über die „Einzelnen Schuldverhältnisse".

6) Wie denn das gesammte Schuldrecht mit geringen Ausnahmen dem Grundsatz der Parteifreiheit untersteht. S. o. Bd. I § 79.

7) S. besonders unten das III. Kapitel: Schuldverhältnisse aus Verträgen. Neben den Lehren des Allgemeinen Theils (Bd. I §§ 73 ff.) über die Rechtsgeschäfte werden hier nähere Bestimmungen über Schuldverhältnisse gegeben, die auf Verträgen beruhen: sei es ausschließlich (wenn der Vertrag unter keinen der im speziellen Theil des Schuldrechts behandelten Typen fällt) oder als Grundlage, auf der sich demnächst die besonderen Regeln des betreffenden Schuldtypus (Kauf, Miethe, Bürgschaft 2c.) aufbauen.

8) Z. B. Garantieverträge besonderen Inhalts 2c. — Wie es Schuldverhältnisse mit unbestimmten Subjekten gibt (s. o. § 138 i. f.), so gibt es auch Schuldverträge mit unbestimmten Personen (s. Dernburg § 81) u. s. w.

9) Im Gegensatz zum röm. Recht, wo die Bedeutung der contractus innominati eine wesentlich andere war. Hier gab es als gültige Entstehungsgründe (causae civiles) einer Verbindlichkeit nur 4 Arten von Kontrakten, deren Namen und charakteristisches Merkmal entweder in dem Gebrauch gesprochener Worte (Verbalkontrakte: hauptsächlich die stipulatio), — in der Anwendung einer bestimmten Schriftform (Litteralkontrakt: dessen nähere Gestalt mit der Einrichtung der röm. Hausbücher zusammenhing), — oder in gewissen (4) Fällen in einer reellen Leistung des Gläubigers (Realkontrakte: Darlehen, Kommodat, Depositum, Pfandgabe), — oder endlich in (4) anderen Fällen in formloser Abrede der Kontrahenten bestand (Konsensualkontrakte: Kauf, Miethe, Sozietät, Mandat). Dieser beschränkten Zahl der (benannten) Verträge gegenüber dienten die Innominatkontrakte zur Ausfüllung einer Lücke des Kontraktssystems (d. h. zur Erzeugung eines gültigen Schuldverhältnisses überhaupt). Hiernach wurden alle Arten formloser Zusagen gegenseitiger Leistungen zum contractus dadurch, daß der eine Kontrahent seine Leistung prästirte. Erst dann (nicht vorher) war das Geschäft klagbar: der Gegner ursprünglich blos (mit

b) Ausnahmsweise gestattet das Gesetz die Begründung von Schuldverhältnissen durch einseitiges Rechtsgeschäft, sei es des Schuldners selbst (durch einseitiges Versprechen) oder seines Autors, d. h. desjenigen, welcher ihn überhaupt zu verpflichten die rechtliche Macht besitzt (z. B. des Erblassers nach §§ 2174 ff., des Stifters einer juristischen Person nach § 82 BGB. 2c.). Nur der erstgenannte Fall bedarf hier[10]) einer Erläuterung. Das einseitige Versprechen des Schuldners erzeugt nach § 305 BGB. eine gültige Verbindlichkeit in besonderen vom Gesetze zugelassenen Fällen. Diese sind[11]) die Auslobung (§§ 657 ff. BGB.) und das Versprechen aus Inhaberpapieren (§§ 793 ff.) zu Gunsten des künftigen Erwerbers des letzteren. Die betreffenden Schuldverhältnisse sind von eigenartigem Inhalt und vom Gesetz besonders geregelt. Wir behandeln sie im Zusammenhang mit verwandten Erscheinungen im speziellen Theil der Schuldverhältnisse. S. u. §§ 279, 310 ff.

2. Aehnlich verhält es sich mit allen denjenigen Schuldverhältnissen, die unabhängig vom Willen der Betheiligten aus anderen Thatsachen entstehen. Lediglich das Gesetz ist es, welches im Einzelfalle deren Wirkung bestimmt. Soweit die betreffenden Schuldverhältnisse daher nicht eine anderweite systematische Stellung finden[12]), gehören sie in den besonderen Theil. In Betracht kommen

condictio) auf Rückgabe, später auch (mit der actio praescriptis verbis) auf Vollzug der Gegenleistung verpflichtet. Das System der röm. Innominatkontrakte, sammt dem eigenthümlichen Reuerecht, das ihnen innewohnt, ist mit dem heutigen Prinzip der Gültigkeit aller Verträge auf Grund der einfachen Willensübereinstimmung der Parteien hinweggefallen. Jede Leistung aus vertraglicher Uebereinkunft erfolgt bei uns nicht contrahendi, sondern solvendi causa. — Unbenannte Verträge sind heutzutage lediglich die, welche keinen besonderen Namen haben resp. kein besonders (typisch) benanntes Schuldverhältniß erzeugen. Das führt unter Umständen zum Ausschluß gewisser für die einen oder anderen gegegebener besonderer Regeln, aber zu keiner abweichenden juristischen Struktur des Schuldverhältnisses.

10) In Gemäßheit des oben § 138 Ziff. 2 Gesagten.

11) Die anderen röm. Fälle: pollicitatio, votum (Tit. Dig. de pollicitat. 50, 12; c. 18 X. de cens. 3, 39) sind antiquirt. S. darüber Regelsberger, Erört. (1868) §§ 41—48 und Streifzüge (1892) S. 17; Windscheid, Pand. §§ 304, 308. Ob das germanische Recht derartige Fälle kannte ist bestritten. Vgl. Stobbe-Lehmann, D. Privatr. III § 219 Note 2; B. v. Lüdinghausen-Wolff, Die bindende Kraft des einseitigen Versprechens (Berl. Diss. 1889) S. 34.

Von der bindenden Kraft der Vertragsofferte im heutigen Recht, sowie eventuell anderer empfangsbedürftiger Willenserklärungen nach deren Zugehen an den Adressaten war schon die Rede. S. o. Bd. I §§ 88 ff.

12) Wie z. B. der Anspruch auf Vorlegung von Sachen 2c. (s. o. Bd. I §§ 135—137); der familienrechtliche Anspruch auf Unterhalt. — Eine eigenthümliche Behandlung erfordert das sog. relative Unrecht (s. o. Bd. I § 107 Ziff. 1a). Dasselbe ist Unrecht mit Beziehung auf ein bestimmtes bestehendes Privatrechtsverhältniß mit obligatorischen Rechtsfolgen (vgl. § 138 Ziff. 3b). Aber

a) unerlaubte Eingriffe in fremde Rechtssphäre (das sog. absolute Unrecht, Delikt). S. §§ 823 ff. BGB.;

b) erlaubte Eingriffe (z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 ff.) oder sonstiger Eintritt von Zuständen, für deren nähere Regelung oder Beseitigung ein Bedürfniß besteht. Hierhin gehört das Recht der Gemeinschaft und deren Aufhebung (§§ 741 ff.), der Ausgleichung einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) ꝛc. S. darüber unten §§ 254 ff., 286 ff., 317 ff.

Zweites Kapitel.

Inhalt der Schuldverhältnisse.

I. Die Leistung. — Surrogate und Nebenvortheile des zu leistenden Gegenstandes*.

§ 144.

I. Inhalt des Schuldverhältnisses ist die Leistung, auf welche (nach § 241 BGB.) die Verpflichtung des Schuldners geht. Für den Gläubiger besteht der Inhalt seines Forderungsrechts darin, diese Leistung fordern zu können; für den Schuldner der Inhalt seiner Verpflichtung darin, die Leistung zu machen. Die geschuldete Leistung nennt man auch wohl den Gegenstand des Forderungsrechts.

Doch ist diese letztere Bezeichnung nicht genau. Der Gegenstand des Schuldverhältnisses ist rechtlich von seinem Inhalt zu unterscheiden. Gegenstand ist nicht die Leistung, sondern das zu Leistende; also dasjenige, worauf sich die Leistungspflicht bezieht: vor Allem die zu leistende Sache, oder wenn die Leistung in einem bestimmten Thun oder Unterlassen des Schuldners besteht, das Resultat der Handlung oder Unterlassung. Indessen auch in dieser Betrachtung nennt das Leben Inhalt und Gegenstand des Schuldverhältnisses durcheinander. Die Leistungspflicht ist ihm etwas zu Abstraktes; das Leben sieht durch

---

diese erscheinen als nichts Selbständiges, sondern nur als ein Ausfluß des verletzten Rechts. Daher behandeln wir die aus dem relativen Unrecht entspringenden Schuldverhältnisse nicht für sich, sondern in Verbindung mit den betreffenden Rechtsverhältnissen.

*) Jhering, Abhandlungen I (1844); Mommsen, Erörterungen a. d. Obligationenrecht I (1859); Stammler, Schuldverhältnisse S. 131 ff.; Podewils, Der Anspruch des Gläubigers auf die Vortheile, die der Schuldner a. d. gesch. Sache gezogen hat oder hätte ziehen können (1900).

ſie hindurch ſofort auf das durch das Schuldverhältniß vermittelte Gut. Man ſagt daher, daß man die Sache zu fordern hat; ſtatt eine Leiſtung, deren Gegenſtand die Sache bildet. Bleibt man ſich des juriſtiſchen Mittelgliedes bewußt[1]), ſo iſt dagegen nichts zu erinnern[2]).

II. Der Inhalt des Schuldverhältniſſes wird, ſoweit letzteres auf der freien Parteibeſtimmung beruht, in erſter Linie durch dieſe, im Uebrigen durch geſetzliche Vorſchriften beſtimmt. Danach iſt ſein Inhalt auch wandelbar. Er kann bei der Begründung des Schuldverhältniſſes ein anderer ſein als ſpäter. Z. B. die Leiſtungspflicht verwandelt ſich durch Untergang des geſchuldeten Gegenſtandes möglicherweiſe in eine ſolche auf Schadenserſatz; durch Verzug des Schuldners tritt zu der urſprünglichen Leiſtung noch etwas hinzu (§ 286 BGB.) und dgl.[3]).

Beſonders ſchwierig iſt die Beantwortung der Frage was zu leiſten iſt, wenn der Gegenſtand des Schuldverhältniſſes ſich erweitert, wenn er Früchte oder einen ſonſtigen Gewinn abwirft. Da das Schuldverhältniß nicht an dem Gegenſtand haftet, fallen derartige Vortheile nicht ohne Weiteres dem Gläubiger zu. Vielmehr iſt zu fragen, ob das Schuldverhältniß auch dieſen Gewinn begreift. Eine ein für alle Mal paſſende Antwort auf dieſe Frage gibt es nicht. Vielmehr iſt zu unterſcheiden.

1. Nach allgemeinen Grundſätzen hat der Gläubiger jedenfalls einen Anſpruch auf denjenigen gemachten Gewinn, welcher als Surrogat des nicht mehr zu liefernden Schuldgegenſtandes erſcheint. Iſt die geſchuldete Leiſtung ganz oder theilweiſe unmöglich geworden, ſo kann es ſein, daß der Umſtand, welcher die Unmöglichkeit herbeiführte, auf der anderen Seite dem Schuldner einen Gewinn zuführt. Auf dieſen hat der Gläubiger dann Anſpruch, wenn er weder die urſprüngliche Leiſtung, noch für die letztere Schadenserſatz erhält[4]). Erhält er Schadenserſatz, ſo kann er den Surrogatgewinn

---

1) Insbeſondere daß die Schuldverhältniſſe uns niemals eine unmittelbare Herrſchaft über die Sache gewähren. S. o. § 138 Ziff. 1.

2) Hartmann, Die Obligation S. 162 ff. will vom Gegenſtand der Schuldverhältniſſe gar nicht geredet wiſſen. Damit würde man aber dem Sprachgebrauch des Lebens Gewalt anthun.

3) Dieſe und andere Fälle der Verſtärkung oder Veränderung der Verpflichtungen des Schuldners, z. B. durch Prozeßbeginn und Urtheil (ſ. o. Bd. I §§ 129, 130), ſind bereits oder werden noch an den entſprechenden Stellen beſprochen. Einer allgemeinen Erörterung an dieſer Stelle bedarf nur das Folgende.

4) S. darüber unten § 158 Ziff. 5. Vgl. ſchon Mommſen, Erörterungen (1859) S. 76 ff., Art. 1302 ff. Code civil, § 960 des Sächſ.GB. Hauptfall iſt,

nur gegen entsprechende Ermäßigung des Ersatzquantums fordern. § 281 BGB. Zu einer Vermehrung des Gläubigerrechts soll der Anspruch in keinem Falle führen. Vor Allem dient er zum billigen Ausgleich der Verluste des Gläubigers bei einfacher Befreiung des Schuldners von seiner Verpflichtung[5]). Weil man hier davon spricht, daß der Gläubiger die Gefahr trage, sagt man auch: wer die Gefahr trägt, dem gebührt der Gewinn[6]).

2. Neben dem Schuldgegenstande (wenn dessen Leistung noch möglich ist), kann der Gewinn nach folgenden Grundsätzen herausverlangt werden[7]). Gleichgültig ist ob der Vortheil unmittelbar aus der Sache hervorgegangen ist, oder ob er durch Rechtsgeschäft über das Schuldobjekt oder durch industrielle oder andere Thätigkeit des Schuldners daraus[8]) gewonnen wurde. Die römischen Unterscheidungen in dieser Hinsicht[9]) sind nicht mehr die unsrigen. Maßgebend für uns ist der Begriff der Nutzungen wie § 100 BGB. ihn definirt[10]). Vgl. z. B. §§ 347 i. f., 446, 467, 987, 2380 eod. Danach sind nicht Gewinn, also nicht herauszugeben die Vortheile, zu deren Erlangung der Schuldgegenstand blos zufällig Veranlassung gegeben hat[11]). Da-

---

wenn der Leistungsgegenstand von einem Dritten zerstört oder beschädigt ist und der Schuldner deshalb einen Ersatzanspruch wider den Dritten hat. Oder er hat die durch Feuer u. dgl. zerstörte Sache versichert und hat die Versicherungssumme zu fordern. (Vorbehaltlich im letzteren Fall der besonderen Grundsätze des Versicherungsrechts, z. B. ob die Versicherung nur für den Versicherten persönlich geschlossen war, oder die Versicherungssumme zur Wiederherstellung des zerstörten Gegenstandes zu verwenden ist.) Dagegen läßt sich keineswegs immer sagen, daß wenn der geschuldete Gegenstand vom Verpflichteten veräußert ist, statt seiner der Kaufpreis herauszugeben wäre. Er erscheint nur unter Umständen als Surrogat, z. B. in § 1370 BGB. (s. die Schlußworte) und in den ähnlichen Fällen des ehelichen Güterrechts, — dagegen nicht in § 818 Abs. 1. S. auch Bd. I § 31 am Ende.

5) Nach § 275 BGB. S. u. § 158 Ziff. 1a.

6) Eius est commodum, cuius est periculum. S. z. B. l. 10 Dig. de R. J. 50, 17. Der Satz ist aber in solcher Allgemeinheit nicht richtig, sondern nur in den im Texte hier und weiter unten angegebenen Fällen zutreffend. — Man spricht hier wohl vom Ersatz des stellvertretenden Commodum.

7) Im Gegensatz zum vorigen Falle spricht man hier auch wohl vom accessorischen Commodum. Vgl. Mommsen, Erörterungen S. 5 ff.

8) Z. B. der Renngewinn mit einem geschuldeten (entliehenen oder auf Probe gekauften) Pferde. S. u. Note 11.

9) Das sog. lucrum ex re und das lucrum ex negotiatione perceptum (l. 21 Dig. de hered. vend. 18, 4). Uebrigens ist die von Ihering und Mommsen a. a. O. begründete herrschende Auffassung neuerdings von Podewils S. 85 ff. stark angefochten.

10) Unter Berücksichtigung des Satzes: fructus non intelliguntur nisi deductis impensis. S. §§ 102 BGB. und oben Bd. I § 69 Ziff. 6.

11) Ausgeschlossen von dem Begriff der Nutzungen ist also das lucrum occasione rei perceptum, wie l. 2 § 7 Dig. de hered. vend. 18, 4 es ausdrückt. Z. B. was dem Erbschaftsverkäufer irrthümlich von einem Nichtschuldner des

gegen umfaßt der Gewinn die natürlichen und bürgerlichen Früchte (z. B. auch Mieth- und Pachtgelder, § 99 Abs. 3) und die Gebrauchsvortheile (auch aus der Selbstbenutzung des Schuldobjekts durch den Verpflichteten)[12]). — Eine Herausgabepflicht derartiger Nebenvortheile besteht nun

a) bei solchen Schuldverhältnissen, die auf Rückgabe eines Gegenstandes an den Eigenthümer oder bisher Berechtigten[13]) von Seiten des Miethers, Entleihers, Pfandgläubigers, Verwahrers u. dgl.[14]) gerichtet sind. Die genannten Verpflichteten haben mit Rückgabe des Gegenstandes selbst auch die erhaltenen Zwischenvortheile, auf die das Schuldverhältniß ihnen kein besonderes Anrecht gibt, herauszugeben. Aehnlich verhält es sich bei Ausübung des Rücktrittsrechts von einem Vertrage in Ansehung der beiderseits zurückzugewährenden Leistungen; ebenso bei der Wandelung wegen Mängel einer veräußerten Sache (da dieser Fall nach Rücktrittsgrundsätzen behandelt wird). S. §§ 327, 347, 467 BGB.[15]).

b) Bei Schuldverhältnissen auf Verschaffung von Gegenständen, welche dem Gläubiger bisher fremd waren, z. B. bei Kauf, Tausch, Werklieferungsvertrag[16]), Schenkung ꝛc. gewinnt der Satz, daß der Gewinn dem gebührt, der die Gefahr trägt[17]), Bedeutung. Daß die Gefahr zumeist in einem anderen Zeitpunkt auf den Gläubiger übergeht, als dies im römischen Recht der Fall war[18]), verdeutlicht uns nur das Prinzip, wenn auch die römischen Detailentschei-

Erblassers bezahlt wird; das auf dem zu leistenden Grundstück erlegte Wild, es sei denn daß die wirthschaftliche Bestimmung des Grundstücks in seiner jagdmäßigen Ausbeutung liegt; der Rennngewinn aus einem Thier (s. Note 8), das nicht zu derartigem Sport bestimmt ist; die Hälfte des in dem Grundstück gefundenen Schatzes, die nach § 984 BGB. dem Entdecker zufällt. Vgl. Podewils S. 68.

12) Sog. fingirtes Einkommen. v. Petrażycki, Lehre v. Einkommen II (1895) S. 77, 138 ff.

13) Petrażycki a. a. O. § 3 S. 30 ff. unterscheidet nur Restitutions- und Leistungsansprüche. Wir stellen (unter lit. c) noch die Fälle zusammen, in denen der Schuldner eine Verwaltung oder Geschäftsbesorgung hinsichtlich des Leistungsgegenstandes für den Gläubiger übernommen hat. Hier ist Grund der Herausgabepflicht der Gewinnvortheile nicht so sehr das Eigenthum des Gläubigers am Leistungsgegenstande als der Inhalt der Verwaltungspflicht. Daher geht auch die Herausgabepflicht des Schuldners hier weiter als in den übrigen Fällen. Wir verwerfen die Kategorie der „Restitutionsansprüche" als zu vage und unbestimmt.

14) Vgl. schon röm. l. 1 § 24 Dig. depositi 16, 3; l. 38 § 10 Dig. de usur. 22, 1.

15) Unten §§ 170 ff., 174 ff., 220, 222.

16) D. h. bei Sachen, die aus dem Stoff des Unternehmers herzustellen sind. S. u. § 270.

17) S. o. Note 6.

18) S. darüber unten §§ 168, 213.

dungen fast nirgendwo mehr zutreffen. Der veränderte Gefahrübergang hat auch eine Verschiebung der kritischen Zeit für den Gewinnbezug des Gläubigers nach sich gezogen. Gefahr und Nutzungen gehen jetzt regelmäßig erst mit Uebergabe der Sache, bei Grundstücksübertragung auch mit der Umschreibung im Grundbuch auf den Gläubiger über[19]). Vgl. § 446, auch §§ 515, 651 BGB. Bei der Verschaffung von Rechten, die zum Besitze einer Sache berechtigen, ist die Uebergabe ꝛc. der Sache (§ 451 BGB.), bei anderen Rechten die Zeit der Abtretung resp. des ganzen Vertrages entscheidend, sofern letzterer die Abtretung zugleich in sich enthält[20]). §§ 398, 413. So denn auch beim Verkauf ꝛc. eines ganzen Vermögens, vor Allem einer Erbschaft (§§ 2371, 2385). Hier trägt der Gläubiger (Erwerber) schon von dem Abschluß des Vertrages an die Gefahr und hat auf die Nutzungen Anspruch. §§ 2379, 2380.

Wird, wo die Uebergabe für den Anspruch des Gläubigers auf die Gewinnvortheile maßgebend ist, die Uebergabe verzögert, so erlangt der Gläubiger Anspruch auf die Nutzungen erst von dem Augenblicke an, da der Schuldner sich im Verzug befindet[21]), oder von der Rechtshängigkeit der Forderung[22]). S. §§ 292 Abs. 2, 987.

c) Hat das Schuldverhältniß eine Geschäftsbesorgung für den Gläubiger zum Inhalt[23]), so ist auch der nach Lage der Sache aus dem Leistungsgegenstande gemachte Gewinn als für den Gläubiger gemacht anzusehen, und daher nach 667 BGB. dem Gläubiger herauszugeben. Diese Herausgabepflicht wird unten im Zusammenhang behandelt[24]).

---

19) Im letzteren Fall mit demjenigen von beiden Akten, der früher erfolgt. Vgl. § 446 Abs. 2 BGB. Beim Annahmeverzug des Gläubigers gehen Gefahr und Nutzungen mit diesem über. Arg. §§ 300, 302 eod. — Beim Versendungskauf legt § 447 BGB. dem Käufer die Gefahr auf, gibt ihm aber nicht die Nutzungen: z. B. das auf dem Transport von der Kuh geworfene Kalb. Danach würde, wenn die Kuh auf dem Transport verendet, der Käufer für sein Geld weder Kuh noch Kalb bekommen! Dagegen gleichmäßig Cosack § 124 Ziff. 2d auf Grund einer zu unterstellenden entgegengesetzten Parteiabrede und Dernburg § 175 Ziff. IV aus Billigkeit. Jedenfalls ist beim Versendungskauf der Fortbezug der Nutzungen seitens des Verkäufers nur die Regel. Man darf kein absolutes arg. a contrario in das Gesetz hineintragen.

20) S. u. § 211 Ziff. 2a, § 213 Ziff. 1c.

21) Darüber f. u. §§ 161 ff. — Unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes resp. des § 252 BGB.

22) S. u. § 160.

23) Hierhin gehört der Fall des Auftrags, des Dienst- und Werkvertrags auf Geschäftsbesorgung (§§ 662, 675 BGB.), der Vormundschaft, Geschäftsführung ohne Auftrag ꝛc.

24) Manche erstrecken sie ohne Weiteres auf die Gelegenheitsvortheile (das

d) Umgekehrt hat, wo alle vorgenannten Fälle nicht zutreffen, der Schuldner einer Sache wenigſtens die nachträglich hinzutretenden weſentlichen Beſtandtheile[25]) und den Zuwachs, — ebenſo den Gewinn der Sache durch weggefallene Laſten[26]) herauszugeben, unbeſchadet jedoch der etwaigen Rechte des Schuldners auf Erſatz ſeiner Verwendungen und Wegnahme der eingefügten Einrichtung (§§ 256, 257) nach dem beſonderen Inhalt des Schuldverhältniſſes[27]). — Beruht die Verpflichtung zur Veräußerung oder Belaſtung einer Sache auf Vertrag, ſo erſtreckt ſich die Leiſtungspflicht des Schuldners im Zweifel auf das Zubehör der Sache. § 314 BGB.[28]).

II. Allgemeine Eigenſchaften der Leiſtung.

§ 145.

Die Leiſtungen, welche den Inhalt eines Schuldverhältniſſes bilden, können von unbegrenzter Mannigfaltigkeit ſein. § 241 BGB. unterſcheidet in allgemeinſter Weiſe das Thun und Unterlaſſen, alſo poſitive und negative Handlungen[1]). Erſtere umfaſſen das „Geben" einer Sache (Verſchaffung des Eigenthums oder anderer dinglicher Rechte) und Arbeits- oder Dienſtleiſtungen aller Art; letztere umfaſſen ſowohl das eigene Nichtthun (Nichtvornahme von Handlungen, zu welchen der Schuldner an ſich berechtigt iſt), als das Dulden von Handlungen des Gläubigers. Eine konkrete geſchuldete Leiſtung kann auch aus einer Miſchung aller dieſer Elemente beſtehen[2]).

---

lucrum occassione rei perceptum: ſ. o. Note 11). Doch geht das in dieſer Allgemeinheit zu weit. S. u. § 252 III Ziff. 1d zu Note 30.

25) S. darüber oben Bd. I § 59. Z. B. eine Landanſchwemmung des Grundſtücks, Bauten auf demſelben, und die in ein Gebäude nach § 94 BGB. eingefügten Sachen. Mommſen S. 16ff.

26) S. § 103 BGB. u. o. Bd. I § 69 i. f.

27) S. darüber unten § 151 Ziff. III.

28) Nicht hierher gehörige Fälle zieht Kipp zu Windſcheid, Pandekten § 327 Ziff. 3 u. 4 herbei. Denn es gehört zum Begriff des Schadenserſatzes reſp. der Bereicherung, auf die das Schuldverhältniß geht, wie hoch dieſelben im Einzelfalle ſind. Mit der Frage eines beſonderen herauszugebenden lucrum des Schuldgegenſtandes haben dieſe Fälle nichts zu thun.

1) Im Allgemeinen ſtehen beide gleich (wie bei den unerlaubten Handlungen, ſ. o. Bd. I § 107 Note 10).

2) Daher iſt es ein Fortſchritt des Geſetzes, daß es an dieſe Unterſcheidungen keine generellen Vorſchriften mehr anknüpft. Im Einzelfalle können die Folgen der Nichtleiſtung natürlich ſehr verſchieden ſein, je nachdem die Verpflichtung zum Thun oder Unterlaſſen in einer ihrer verſchiedenen Formen verletzt iſt. Vgl. z. B. §§ 314, 626ff. BGB., §§ 883ff., 888, 890 CPO. u. ſ. w. Die älteren Unterſcheidungen bleiben hier außer Betracht.

Hervorzuhebende Eigenschaften der Leistung sind folgende:

1. Die Leistung muß möglich sein[3]). Das will sagen: ein Schuldverhältniß entsteht nicht, wenn im Augenblick, da es begründet werden soll, gewiß ist, daß die Leistung dann nicht geschehen kann, wann sie geschehen soll. Dies folgt unmittelbar aus dem Begriff des Rechtszwanges, dem die Leistungspflicht untersteht[4]). Gemeint ist die sog. ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung zur Zeit des Begründungsakts der Schuld[5]), nicht eine später eintretende. Letztere, die sog. nachfolgende Unmöglichkeit[6]), beeinträchtigt als solche den Fortbestand des Schuldverhältnisses nicht. Denn alle Dinge sind in stetem Wechsel begriffen, und auch das Schuldverhältniß muß es sich gefallen lassen, daß ihm dadurch sein ursprünglicher Gegenstand genommen werden kann. Hier wird in anderer Weise geholfen. S. u. § 158.

Dagegen ist der Fall der ursprünglichen Unmöglichkeit verhältnißmäßig selten. Wo das Gesetz unmittelbar Schuldverhältnisse aufstellt[7]), wird es von selbst keine Verpflichtung zu unmöglichen Leistungen vorschreiben[8]). Die Fälle ihres Vorkommens liegen hauptsächlich auf dem Vertragsgebiet, wo sie durch Irrthum oder betrügerische Vorspiegelungen über die Möglichkeit der Leistung ꝛc. hervorgerufen werden. Hier zeitigt das Versprechen unter Umständen andere, von den Parteien nicht beabsichtigte Folgen. Darüber s. u. § 166.

a) Es bleibt somit an dieser Stelle nur eine allgemeine Entwickelung des Begriffs zu geben übrig[9]). Die Unmöglichkeit braucht keine

---

3) Impossibilium nulla est obligatio. Vgl. l. 185 Dig. de R. J. 50, 17 und Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I (1853); Hartmann, Die Obligation (1875) S. 166ff., und in d. Jahrb. f. Dogmatik Bd. 22 S. 417; H. A. Fischer eod. Bd. 37 S. 225ff.; W. Biermann im Archiv f. civ. Praxis Bd. 91 S. 73; Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (1900) in Fischer's Abh. Bd. 7 S. 1; Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen (1900), eod. Bd. 7 S. 169; Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem bürgerlichen Recht (1900); Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 53 (mit Bezug auf Unterlassungen); Kleineidam in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 43 S. 105. — Stammler S. 106ff.; Dernburg §§ 60ff.; Endemann I § 127; Cosack § 98; Mathiaß I § 73 Ziff. V; Enneccerus I §§ 178ff., 191ff.

4) S. o. § 138 zu Note 6, § 141 zu Note 3ff. S. auch Planck, Lehrb. des Civilprozesses I (1887) § 62 zu Note 53; Dernburg § 60 Ziff. II.

5) Kleineidam S. 20ff., 130; Titze S. 52ff., 211.

6) Kleineidam S. 84ff., 132ff.; Titze S. 100ff.; Kisch S. 25.

7) S. o. § 143 Ziff. 2.

8) S. auch Mommsen S. 104; Hartmann S. 174; Kleineidam S. 81.

9) Es empfiehlt sich nicht, die ganze Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung in Eins zusammenzufassen. Sie wird von ganz verschiedenen Gesichts-

absolute, in der Natur der Leistung selbst begründete zu sein; es genügt, daß nicht erfüllbar ist, was im gegebenen Fall mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte vom Schuldner verlangt werden kann (sog. relative Unmöglichkeit)[10]). Unmöglich ist nicht nur das physisch, sondern auch das juristisch Unmögliche[11]). Vorübergehende Hinderungsgründe der Leistung im Augenblicke, da sie vorgenommen werden soll, sind Unmöglichkeit nur dann, wenn die Leistung zu späterer Zeit dem Inhalt und Zweck des Schuldverhältnisses widerspricht — also eine obligationswidrige sein würde[12]).

b) Herkömmlich unterscheidet man objektive und subjektive Unmöglichkeit[13]). Erstere soll ihren Grund haben in der Leistung an und für sich[14]), letztere in den besonderen Beziehungen des Schuldners zur Leistung. Auch das Gesetz kennt diese Unterscheidung. Es spricht von der Unmöglichkeit der Leistung im Gegensatz zum Unvermögen des Schuldners[15]). Anderseits wird der Unterscheidung keineswegs überall praktische Bedeutung beigelegt, und das mit gutem Grunde. Denn es läßt sich nicht immer mit Sicherheit bestimmen, ob ein Hinderungsgrund in der Leistung selbst oder in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners liegt[16]). So sind denn die Fälle, in denen es der Unterscheidung nicht bedarf, mit Freuden zu begrüßen. Dies trifft zu

---

punkten beherrscht. Das Gesetz hat daher recht gethan, sie nach diesen gesondert zu behandeln (§§ 275 ff., 306, 2171 ff., 2192, 2196 BGB.). Dem schließen wir uns an.

10) Die Fälle absoluter Unmöglichkeit sind verhältnißmäßig selten. Sie wären kaum erwähnenswerth. Dagegen ist z. B. unmöglich die Leistung, sich irgendwohin zu begeben und dort eine Arbeit zu verrichten, wenn man in einer Quarantäne festgehalten wird, oder eine Wohnung bei lebensgefährlicher Erkrankung zu räumen, obschon hier nur die besonderen Umstände des Falles den Leistungspflichtigen zurückhalten. Vgl. Kleineidam S. 37; Titze S. 4, 31 ff., 67 ff.; Kisch S. 13.

11) Z. B. Uebereignung einer dem Gläubiger schon gehörigen oder völlig verkehrslosen Sache. — Anderseits ist nicht alles Verbotene unmöglich. S. Titze S. 4 ff., 13, 61 ff. u. Cit.

12) S. darüber unten § 156. Kleineidam S. 95 ff.; Kisch S. 18 ff.; Titze S. 88.

13) Kleineidam S. 3 ff. u. Cit.; Titze S. 59 ff.

14) Vor Allem, wenn die geschuldete individuelle Sache untergegangen oder nicht im Verkehr ist. Wenn eine persönliche Thätigkeit oder ein Unterlassen des Schuldners zu prästiren ist. Titze S. 60, 67, 70 und oben Noten 10 u. 11.

15) S. §§ 275, 279, 306 BGB.

16) Gewöhnlich wird gesagt, es komme darauf an, ob ein Anderer als der Schuldner die Leistung vollziehen könne. Dies trifft keineswegs alle Fälle. Vgl. Hartmann a. a. O., W. Biermann S. 84 ff.; Titze S. 64, 70 ff.

α. bei Gattungsschulden[17]). Hier ist von vornherein klar, daß soweit die Gattung, aus der geleistet werden soll, an sich noch vorhanden und zur Leistung ausreichend ist, jede Unmöglichkeit regelmäßig nur eine subjektive sein kann[18]). Ja es liegt nahe, hier überhaupt nicht von Unvermögen, sondern nur von einer Leistungsschwierigkeit für den Schuldner zu reden[19]). Jedenfalls unterstellt denn auch das Gesetz diesen Fall — den Mangel an Zahlungsmitteln — besonderen Grundsätzen, d. h. berücksichtigt den Mangel regelmäßig gar nicht[20]). § 279 BGB.[21]).

β. Ebenso umgeht das Gesetz bei der nachfolgenden Unmöglichkeit die Schwierigkeit der Unterscheidung dadurch, daß es Unmöglichkeit und Unvermögen in diesem Fall ausdrücklich gleichstellt[22]). S. § 275 Abs. 2 BGB. Im Falle der ursprünglichen Unmöglichkeit ist dies zwar nicht in gleicher Weise geschehen (s. § 306 eod.), das Gesetz hat aber auf andere Weise Vorsorge getroffen, daß praktische Schwierigkeiten aus der Unterscheidung nur in den seltensten Fällen entstehen können. S. darüber in der Lehre von den Schuldverträgen[23]). Die Unterscheidung ist daher hier nicht weiter zu verfolgen.

c) Ist die Unmöglichkeit der Leistung nur eine theilweise[24]), so trifft der Mangel an sich auch nur den betreffenden Theil des Schuldverhältnisses. Doch kann der ganze Inhalt des letzteren dadurch in

17) S. § 147. Man denke z. B. an Schuldverhältnisse auf Leistung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen und vor Allem an Geldschulden.

18) Anders wenn die Gattung selbst untergegangen oder aus dem Verkehr verschwunden ist. Entsprechend dem Fall der Note 14. Vgl. Kisch S. 113. — Dies sind Ausnahmefälle. Für gewöhnlich sagt man: genus non perit. S. u. § 147 zu Note 29. Es liegt dann an dem Schuldner, daß er aus der Gattung nicht leisten kann. Vgl. l. 137 § 4 Dig. de V. O. 45, 1.

19) Denn er kann sich die Leistungsmittel, z. B. das fehlende Geld, vielleicht noch auf andere Weise (auf Kredit ꝛc.) verschaffen. — Ueber die verschiedenen Theorien s. Kisch S. 110 ff.

20) S. die schon cit. l. 137 §§ 4, 5 Dig. de V. O. Eine Anwendung des Grundsatzes in Formulirung für die nachträgliche Unmöglichkeit enthält § 279 BGB.

21) Die Bestimmung beschränkt sich auf den Fall des Unvermögens im obigen Sinne; ergreift nicht andere Fälle der Nichtleistung. S. u. § 158 zu Note 15.

22) Hier wird vielmehr aller Werth darauf gelegt, ob die Unmöglichkeit durch einen vom Schuldner zu vertretenden oder nicht zu vertretenden Umstand eingetreten ist. Vgl. darüber im Allgemeinen Titze S. 74 ff.

23) S. u. § 166 Ziff. I. — Gattungsschulden scheiden schon aus dem Gesichtspunkt bei lit. α aus.

24) Titze S. 31; Kleineidam S. 24 ff., 94; Kisch S. 161. Dabei kommt es nicht immer blos auf die quantitative Verringerung der Leistung an, sondern unter Umständen auch auf die wirthschaftliche Bedeutung des zu Leistenden (wie es nach Inhalt des Schuldverhältnisses sein soll und nun thatsächlich ist).

Mitleidenschaft gezogen werden; — entweder generell dadurch, daß die geschuldete Leistung *untheilbar ist*[25]), oder bei rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen nach Maßgabe der Auslegung des *Parteiwillens*[26]). Diese kann dazu führen, bei Vereitelung des von der Unmöglichkeit getroffenen Theiles der Verbindlichkeit[27]) Ungültigkeit des ganzen Geschäftes anzunehmen[28]). Arg. § 139 BGB.

2. Dinge, *an deren Verhinderung der Staat Interesse hat*, können nicht Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein[29]). Unerlaubt in diesem Sinne ist vor Allem, was gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt. Es versteht sich von selbst, daß die Rechtsordnung nicht auf der einen Seite schuldrechtlich erzwingen kann, was sie auf der anderen Seite mißbilligt. Die Behandlung des Verbotenen entspricht derjenigen der Schuldverhältnisse mit unmöglichem Inhalt[30]). — Daß über unmögliche und verbotene Leistungen *für den Fall der Aufhebung* der Unmöglichkeit oder des Verbotes gültig kontrahirt werden kann, versteht sich von selbst. Hier sind *bedingte* Leistungen versprochen[31]).

3. Die Leistung kann eine *dauernde* oder *vorübergehende*[32]), eine *einfache* oder *zusammengesetzte* sein. Im letzteren Falle unterscheidet sie sich von mehreren Einzelleistungen durch die Einheitlichkeit des Gesichtspunktes, unter welchem sie erfolgt: die mehreren Stücke werden als „zusammengehörig" geleistet. Ob ein Schuldverhältniß auf eine zusammengesetzte Leistung oder mehrere Schuldverhältnisse auf einzelne Leistungen vorliegen, hängt bei geschäftlichen Verpflichtungen vorwiegend von der Absicht der Parteien in dem begründenden Rechts-

---

25) S. darüber unten Ziff. 4.

26) S. o. Bd. I § 91.

27) Entsprechend den einzelnen vorkommenden Fällen als ursprüngliche oder nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung. S. u. §§ 158, 166 Ziff. I.

28) S. dazu oben Bd. I § 77 Ziff. II, § 80 Note 19. Dagegen kann man nicht sagen, daß eine theilweise Unmöglichkeit ohne Weiteres dadurch zu einer vollständigen werde, daß der Gläubiger *an dem Empfange des noch möglichen Theiles kein Interesse hat*. Dies wirkt nur eigenartig in besonderen Fällen. So z. B. §§ 280 Abs. 2, 325 BGB.

29) S. o. Note 11 i. f.

30) *Gesetzliche* Schuldverhältnisse mit verbotenem Inhalt kommen nicht vor; es *beschränkt sich von selbst entsprechend die Leistungspflicht*. Z. B. wenn das Gesetz generell die *Wiederherstellung eines früheren Zustands* vorschreibt, so versteht sich von selbst, daß diese Wiederherstellung ihre Grenze findet, wo der Zustand aus anderen Gründen rechtlich mißbilligt wird. — Bei *rechtsgeschäftlichen* Schuldverhältnissen treten die oben Bd. I § 85 vorgetragenen Grundsätze hinzu.

31) Vgl. *Schollmeyer* § 306 Note 1.

32) S. o. § 138 Ziff. 3. *Savigny*, Obligationenrecht I S. 302.

akte ab[33]). Vgl. § 469 BGB. Im Uebrigen werden die Art der Leistung selbst oder die Umstände des Falles die Entscheidung an die Hand geben[34]).

4. Eine Leistung ist *theilbar* oder *untheilbar*[35]) je nachdem sie sich in mehrere kleinere Leistungen zerlegen läßt, die sich von der ganzen Leistung nur *quantitativ*, nicht *qualitativ* unterscheiden. Die Theilbarkeit der Leistung bewirkt regelmäßig die *Theilbarkeit des Schuldverhältnisses*, in welchem die Leistung zu erfolgen hat. Aus der Theilbarkeit folgt die *Möglichkeit theilweiser Erfüllung* und *theilweisen sonstigen Untergangs* des Schuldverhältnisses; endlich die Möglichkeit einer *Spaltung* des Schuldverhältnisses unter mehrere Berechtigte oder Verpflichtete[36]).

a) Doch werden diese Möglichkeiten bei theilbaren Leistungen keineswegs immer praktisch.

Vor Allem nämlich dann nicht, wenn bei einer Mehrheit der Berechtigten oder Verpflichteten *jeder das Ganze* schuldet oder zu fordern hat (Gesammtschuld), oder wenn *an Alle zusammen* zu leisten ist. Diese Fälle sind gegenüber dem älteren Recht erheblich vermehrt[37]). Ferner hat die Möglichkeit theilweiser Erfüllung des Schuldverhältnisses nie den Sinn, daß damit auch der Schuldner zu Theilleistungen berechtigt sei. Vielmehr kann auch bei theilbaren Schuldverhältnissen *der Gläubiger vollständige Erfüllung verlangen*[38]), geräth z. B.

33) Die Einheit des Preises ist dafür keineswegs immer entscheidend. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 268, Bd. 29 S. 106.

34) Die Frage hat große praktische Konsequenzen, besonders für den Fall der *nicht vollständigen* Gesammtleistung oder der *Mangelhaftigkeit* einzelner Theile. Vgl. z. B. §§ 320 ff., 469 BGB.

35) Vgl. hierzu *Gerber*, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 2 S. 42 ff.; v. *Schey* in Grünhut's Ztschr. Bd. 9 S. 392 ff.; *Savigny*, Obl. I S. 303 ff.; *Ubbelohde*, Die Lehre v. d. untheilbaren Obligationen (1862); *Kleyer*, Des obligations divisibles et indivisibles (1873); *Rümelin*, Die Theilung der Rechte (1883) S. 171 ff.; *Scheurl*, Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten (1884) S. 68; G. *Rümelin*, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 28 S. 434; *Ubbelohde* eod. Bd. 39 S. 134. — *Dernburg* §§ 46—48; *Cosack* § 85; *Mathiaß* § 73 Ziff. I u. IV; *Enneccerus* I § 150.

36) Vgl. § 420 BGB. u. o. § 139.

37) Der röm. Satz: nomina hereditaria ipso iure inter heredes divisa sunt ist durch die heutige Regelung der *Erbengemeinschaft* (§§ 2032 ff., 2058 ff.) beseitigt; die gemeinschaftlichen *Uebernehmer* einer theilbaren Leistung in einem Vertrage unter Lebenden haften nach § 427 BGB. im Zweifel als Gesammtschuldner u. s. w. S. hier §§ 139, 206.

38) Dazu gehört auch, daß der Schuldner die *Kosten der Erfüllung* trägt. Vgl. §§ 448, 449 BGB. Der Gläubiger hat nur die Kosten seiner *eigenen nothwendigen Hülfshandlungen* und die weiteren Kosten *nach* vollständiger Erfüllung des Schuldners zu tragen, insbes. die Kosten der Wegschaffung des Gegenstands von dem Erfüllungsorte. Ueber die Kosten der Quittung s. § 369.

durch Weigerung der Annahme von Theilleistung regelmäßig nicht in Verzug. § 266 BGB.

Immerhin ergeben sich Ausnahmen (in denen also das Moment der Theilbarkeit der Leistung noch von Bedeutung ist). So führt der Erfolg der Aufrechnung (§ 389 BGB.) nicht selten zu einer theilweisen Aufhebung eines Schuldverhältnisses auch gegen den Willen des Gläubigers; auf einen Wechsel müssen Theilzahlungen angenommen werden (Art. 38, 98 WO.); in der Zwangsvollstreckung und im Konkurse erhält man oft nur einen Theil des Geschuldeten. Unter Zustimmung des Gläubigers kann Theilleistung erfolgen und tilgt alsdann das Schuldverhältniß auch theilweise. Auch durch die Klage auf einen Theil der Schuld und das darauf ergehende Urtheil wird der Schuldner zur Leistung des betreffenden Theils berechtigt und verpflichtet[39]).

Ferner kann bei theilbaren Schuldverhältnissen der Gläubiger auch einen Theil seiner Forderung auf einen Anderen übertragen. Miterben können in gleicher Weise bei der Auseinandersetzung eine Nachlaßforderung entsprechend unter sich vertheilen. Für die Nachlaßschulden haften sie nach der Theilung in Gemäßheit der §§ 2060 ff. sogar kraft Gesetzes nach Antheilen. Ebenso sind nach § 420 in Ermangelung besonderer Bestimmung mehrere Gläubiger oder Schuldner einer theilbaren Leistung kraft Gesetzes im Zweifel zu gleichen Antheilen berechtigt und verpflichtet.

b) Demgemäß entsteht die Frage nach der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit von Leistungen. Die Entscheidungsnorm ist in dem Eingangs Gesagten zu finden (das Gesetz spricht sich über die Theilbarkeit nicht aus). Gibt die Theilleistung dem Gläubiger nicht nach der Sachlage[40]) wirthschaftlich und werthmäßig ein entsprechendes Quantum der ganzen Leistung[41]), so ist die Leistung untheilbar. Danach sind

α. Forderungen auf Geben (s. o.) bald theilbar bald nicht. Die Verpflichtung auf Verschaffung des Eigenthums ist nicht deswegen theilbar, weil das Eigenthumsrecht stets nach Bruchtheilen verschafft werden kann (§§ 1008 ff.)[42]). Es wäre formalistisch, dies ohne Weiteres

39) Ebenso wenn das Schuldverhältniß auf Kündigung steht und nur ein Theil gekündigt wird.

40) Entweder nach Maßgabe der allgemeinen Verkehrsanschauung oder den besonderen Intentionen der Parteien bei Begründung des Schuldverhältnisses (subjektive Untheilbarkeit).

41) Also entweder etwas ganz Anderes oder verhältnißmäßig Werthloseres.

42) Die röm. Anschauungen stimmen nicht mehr in allen Punkten mit den unsrigen überein.

für genügend zu erklären[43]). Nur wenn das Schuldverhältniß solche Bruchtheile in seinen Bereich zieht, sodaß der Gläubiger durch Lieferung derselben nicht etwas qualitativ Anderes erhält, ist das Schuldverhältniß theilbar. Abgesehen davon kommt es darauf an, ob die zu liefernde Sache reell theilbar ist[44]), was regelmäßig auch bei Quantitäten vertretbarer Sachen zutrifft[45]); im Uebrigen ob das zu verschaffende Recht theilbar ist[46]).

β. Forderungen auf ein Thun sind überwiegend, solche auf Unterlassen sogar regelmäßig untheilbar[47]). Anders bei Forderungsrechten auf Handlungen, die nach der Zahl, nach Zeit oder nach Maß berechnet werden; unter Umständen auch bei Forderungen auf zusammengesetzte Leistungen[48]). Eine Unterlassung ist theilbar, soweit auch der entsprechende rechtliche Anspruch getheilt werden kann, oder soweit durch Verletzung der für den Gläubiger mit der Obligation verknüpfte wirthschaftliche Vortheil nur zum entsprechenden Theil nicht eingetreten ist[49]).

III. Bestimmtheit des Gegenstandes*.

§ 146.

Wirklich geleistet werden kann nur etwas Bestimmtes. Es fragt sich aber, ob eine Verpflichtung auch zu einer im Voraus noch nicht

---

43) A. M. mit Unrecht z. B. Enneccerus § 150 II Ziff. 1, Mathiaß § 73 Ziff. IV B, Planck zu § 420. Für uns Dernburg § 47 II Ziff. 1. Ist es nicht absurd, dem Käufer eines Wohnhauses zu imputiren, daß er in dem Miteigenthum des halben Hauses halb soviel habe, wie am Alleineigenthum des ganzen?!

44) Darüber s. o. Bd. I § 59.

45) Vgl. in dieser Beziehung noch heute z. B. l. 2 § 1, 54 pr., 117 Dig. de V. O. 45, 1. — In diesen Fällen kann der herzustellende rechtliche Erfolg möglicherweise an einem realen Theil bewirkt werden, selbst wenn der Erfolg an sich ein untheilbarer ist. Dann ist die Leistung gleichwohl theilbar.

46) Z. B. nicht eine Grunddienstbarkeit. — Dagegen behauptet Planck zu § 420, daß die Herausgabe einer Sache nach § 432 BGB. stets als eine untheilbare Leistung zu betrachten sei. Dieser Paragraph bestimmt aber nichts über die Untheilbarkeit, sondern setzt sie im gegebenen Falle voraus.

47) Denn halbes Thun ist gar kein Thun, wenn es auf den Erfolg ankommt, und halbe Verletzung steht der ganzen gleich. Vgl. l. 2 §§ 1, 5, 6, l. 85 §§ 2, 3 Dig. de V. O. 45, 1.

48) Vgl. l. 54 § 1 Dig. eod.; l. 15 § 1 Dig. de op. lib. 38, 1. Z. B. Frachtleistungen von Quantitäten, das Umpflügen oder Anpflanzen gewisser Strecken Landes u. dgl.

49) Wie z. B. bei blos zeitweiser Verletzung eines (erlaubten) Konkurrenzausschlußvertrages. Vgl. Entsch. des ROHG. Bd. 20 S. 184 ff.

*) Vgl. Savigny, Obligationenrecht I S. 386 ff.; Dernburg §§ 45, 86—87; Endemann I § 117; Cosack § 84; Mathiaß § 73 Ziff. III; Enneccerus I § 151.

bestimmten Leistung bestehen kann (also ob bezw. inwieweit auf dieser Grundlage ein Schuldverhältniß möglich ist). Hierüber gilt Folgendes.

I. Vollständige Unbestimmtheit der Leistung steht mit dem Wesen des Schuldverhältnisses in Widerspruch. Dasselbe würde inhaltslos sein. Praktisch kommt eine solche Unbestimmtheit auch nur in Folge ungenauen Ausdrucks bei der Begründung vor. Oder dadurch, daß eine nähere Bestimmung der Leistung bei der Begründung vorbehalten war und nachträglich unterbleibt ꝛc. Ein Schuldverhältniß auf nicht bestimmbare Leistungen ist wirkungslos[1]).

II. Kann die ursprünglich vorhandene Unbestimmtheit aber gehoben werden, so steht ihr anfängliches Vorhandensein der Gültigkeit des Schuldverhältnisses nicht im Wege[2]). Ob die Behebung möglich ist, hängt von den Umständen (insbesondere bei Begründung des Schuldverhältnisses) ab. Der Begründungsakt, der Inhalt des Rechtsgeschäfts, auf welchem die Verbindlichkeit beruht, muß dazu die Mittel an die Hand geben[3]). So kann

1. bei der Begründung des Schuldverhältnisses in's Auge gefaßt sein, daß die Leistung ihre nähere Bestimmung empfangen soll durch äußere Umstände, welche erst abzuwarten oder zu ermitteln sind und Inhalt und Umfang der Leistung in nicht mißzuverstehender Weise (resp. nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte) bezeichnen[4]). Hierher gehört auch z. B. der Verkauf zu einem künftigen Markt- oder Börsenpreise.

2. Es kann aber bei Begründung des Schuldverhältnisses auch festgesetzt sein, daß eine dritte Person durch ihre Erklärung die erforderliche Bestimmung der Leistung treffen soll[5]). Vgl. §§ 317 ff. GBB.[6]).

---

1) Die Nichtigkeit geht aus dem oben Bd. I § 80 zu Note 15 Gesagten hervor. Unbestimmt das röm. Recht in l. 71 pr. Dig. de leg. I (30). S. aber auch die unten Note 14 cit. Stellen.

2) Hiernach unterscheidet man Schuldverhältnisse auf bestimmte und unbestimmte Leistungen. S. z. B. §§ 592, 688, 794 Ziff. 5 CPO.

3) Dieser Inhalt ist nöthigenfalls durch Auslegung zu ermitteln. S. o. Bd. I § 91.

4) Z. B. es wird „ein Heirathsgut" versprochen. Der nähere Inhalt und Umfang der Leistung bestimmt sich nach den Umständen: den Vermögensverhältnissen des Versprechenden und des Empfängers zur Zeit der Leistung, der sozialen Stellung der künftigen Eheschließenden u. dgl. S. auch l. 69 § 4 Dig. de iure dot. 23, 3; Entsch. d. RG. Bd. 8 S. 229 ff.

5) Vgl. auch Weismann im Archiv f. civ. Praxis Bd. 72 S. 269 ff.; Recke, Archiv f. bürg. Recht Bd. 20 S. 137 ff. — Ist über die Person des Dritten keine bindende Bestimmung vorhanden, so ist kein wirksames Schuldverhältniß begründet.

Die **Erklärung des Dritten** ist **Gehülfendienst** für die Parteien, also **thatsächlicher** Natur, nicht Rechtsgeschäft[7]). Daher kann der Dritte seine **Erklärung**, wenn sie irrig abgegeben, erzwungen oder erschlichen ist, nicht selbst anfechten, sondern es gründet sich darauf nur unter Umständen eine Anfechtung seitens der Parteien. § 318 Abs. 2[8]). Anderseits ist die Erklärung empfangsbedürftig[9]), also erst vollendet, wenn sie den Parteien (nach § 130 BGB.) zugegangen ist. Und zwar genügt Zugang an *eine* Partei. Damit ist die Erklärung *zugleich für den Dritten unwiderruflich* und unabänderlich[10]). Regelmäßig ist die Erklärung *persönlich* abzugeben. Der Dritte kann sich bei seiner Entscheidung also nicht vertreten lassen. Auf *seine* Entschließung ist der Inhalt des Schuldverhältnisses abgestellt[11]). Dagegen ist die Abstellung selbst in doppelter Art möglich.

a) Es kann bestimmt sein, daß der Dritte seine Entscheidung *nach freiem Belieben* treffen könne. In diesem Fall kann er nach Willkür entscheiden[12]), und wenn die Entscheidung ganz ausbleibt, unmöglich ist oder verzögert wird, so ist das Schuldverhältniß nach Ziff. I unwirksam[13]).

---

6) Das Gesetz spricht allerdings nur von Verträgen; doch wird eine analoge Ausdehnung z. B. auf einseitige Rechtsgeschäfte keinem Bedenken unterliegen.

7) S. auch oben Bd. I § 73 (da der Dritte durch die Erklärung seine Rechtsverhältnisse nicht selbstthätig bestimmt). A. M. Planck zu § 318, Cosack § 84 IV lit. e.

8) Das Nähere dieser Anfechtung steht unter den gewöhnlichen Grundsätzen. *Anfechtungsgegner* ist bei Verträgen die andere Partei. Bei analoger Ausdehnung wird man den Anfechtungsgegner nach Maßgabe des § 143 BGB. (s. o. Bd. I § 80 zu Note 25 ff.) bestimmen. Die Anfechtung muß *unverzüglich* d. h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121) erfolgen. Im Uebrigen lehnt sich die Anfechtung an diejenige des § 124 wegen arglistiger Täuschung und Bedrohung (s. o. § 95 Ziff. 2) an. — Die angefochtene Entscheidung des Dritten kann *von diesem nicht nachgeholt werden*, sondern ist wie eine ausgebliebene (s. u.) zu behandeln. So mit Recht auch Dernburg a. a. O. III Ziff. 3 (gegen Planck).

9) S. o. Bd. I § 88.

10) S. schon Entsch. d. ROHG. Bd. 11 S. 247 und die besondere Bestimmung des I. und II. Entwurfs, die als selbstverständlich gestrichen wurde. Folglich kann z. B. der Dritte die *einer* Partei gegenüber abgegebene Erklärung nicht durch eine nachträgliche an beide Parteien korrigiren.

11) Die Römer reden hier geradezu von arbitratus. Vgl. l. 76, 78 Dig. pro socio 17, 2. Das Verhältniß ist aber von der Streiterledigung durch Schiedsrichter (Bd. I § 131) wohl zu unterscheiden. Denn hier besteht kein Streit. — Der Dritte kann sich den Parteien gegenüber besonders zur Abgabe der Entscheidung *verpflichten*. Regelmäßig ist er nicht verpflichtet.

12) Also ohne Rücksicht auf Billigkeit. Ein etwaiger dolus des Dritten kommt nach dem Recht der unerlaubten Handlungen §§ 823 ff., insbes. 826 BGB. in Betracht; nicht aber kann die Entscheidung unter den Parteien nach Art von lit. b unten als unbillig gerügt werden. A. M. Cosack § 84 IV lit. e am Ende.

13) Z. B. der Kaufgegenstand wird von der freien Wahl eines Dritten, vor Allem desjenigen abhängig gemacht, dem der Käufer den Gegen-

§ 319 Abs. 2. Ebenso wenn die Entscheidung Mehreren übertragen ist und diese sich nicht einigen können. — Die Entscheidung des Dritten wird also in diesem Falle geradezu wie eine Bedingung der Gültigkeit des Schuldverhältnisses angesehen[14]).

b) Im Zweifel soll der Dritte jedoch seine Entscheidung nicht nach freiem Belieben, sondern nach billigem Ermessen abgeben. § 317 Abs. 1. Hier ist das Schuldverhältniß nicht bedingt; vielmehr ist sowohl eine offenbar[15]) unbillige, wie auch die ganz ausbleibende Entscheidung des Dritten der richterlichen Korrektur oder Ergänzung fähig, und daher kein Hinderniß für die Gültigkeit des Schuldverhältnisses. § 319 Abs. 1[16]). Auf Korrektur oder Ergänzung des Inhalts kann in diesem Falle also von den Parteien des Schuldverhältnisses geklagt werden: und zwar seitens des Gläubigers einfach auf die nach richterlichem Ermessen (in billiger Weise) zu bestimmende Leistung; von Seiten des Schuldners auf Feststellung des Umfangs seiner Leistungspflicht, ohne Rücksicht auf die gewöhnlichen Voraussetzungen der Feststellungsklage[17]). Dagegen hat der Kläger die Unbilligkeit[18]) oder das Ausbleiben der Entscheidung des Dritten nachzuweisen. Auch hier kann die Entscheidung auf das Gutachten mehrerer Personen abgestellt sein, die sich alsdann über ihren Ausspruch einigen müssen. In Ermangelung dessen kommt kein Arbitrium zu Stande[19]). Nur wenn eine zu leistende Summe durch das Gutachten festgesetzt werden soll, wird zwischen den verschiedenen Schätzungen vermittelt, und soll also die Durchschnittssumme entscheidend sein. § 317 Abs. 2[20]).

---

stand zu schenken beabsichtigt. Der Dritte kann frei, und möglicherweise auch gar nichts wählen, weil ihm keiner der Gegenstände gefällt. — Wann die Unwirksamkeit des Schuldverhältnisses wegen Verzögerung der Entscheidung eintritt, ist Thatfrage (je nachdem man annehmen kann, daß die Entscheidung ausgeblieben sei). Auf Verschulden kommt es nicht an.

14) Wie schon nach l. 15 Cod. de contr. emt. 4, 38. Prot. Bd. 1 S. 469.

15) Offenbar ist „zweifellos ersichtlich"; nicht nothwendig „auf den ersten Blick" ersichtlich. Vgl. auch §§ 660, 2048, 2155 Abs. 3.

16) Auch diesen Fall kannte das röm. Recht und sprach hier von dem erforderten arbitrium boni viri. Vgl. l. 7 pr. Dig. de contr. emt. 18, 1; l. 75—79 Dig. pro socio 17, 2. Der Begriff des Ausbleibens bei Verzögerung ist hier wie in Note 13 zu bestimmen.

17) S. o. Bd. I § 133. Denn § 319 BGB. gibt hier jeder Partei ein Recht auf alsbaldige Bestimmung der Leistung durch Urtheil. S. auch Oertmann zu § 319 u. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 131.

18) Für die Frage der Billigkeit kommen die Umstände, die Ueblichkeit, die Verkehrssitte ꝛc. in Betracht.

19) Also es entscheidet nicht etwa die Majorität. S. Prot. I S. 470.

20) Zu einer richterlichen Bestimmung der Summe kommt es also in diesem Falle nicht. Die Bestimmung gilt nur für Entscheidungen, welche nach billigem

3. Schließlich kann die nähere Bestimmung des Inhalts des Schuldverhältnisses auch einer Partei, also dem Gläubiger oder dem Schuldner überlassen sein. Auch hier erfolgt die Bestimmung durch eine von dem Bestimmungsberechtigten abzugebende Erklärung, und zwar gegenüber dem anderen Theile. Vgl. § 315 bes. Abs. 2[21]). Selbstverständlich ist die Erklärung auch hier nach Zugang an den Gegner unwiderruflich; wohl aber nach allgemeinen Grundsätzen z. B. wegen Irrthums, Betrugs und Zwangs anfechtbar[22]). — Ueber die Person des Bestimmungsberechtigten wird keine allgemeine Regel aufgestellt[23]). Nur bei Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen verfügt § 316, daß die Bestimmung des Umfangs[24]) der für eine Leistung zu bewirkenden Gegenleistung im Zweifel durch den Gläubiger derselben zu erfolgen hat.

Die bestimmungsberechtigte Partei hat die Entscheidung entweder nach freiem Belieben oder nach billigem Ermessen zu treffen. Noch mehr als im vorhergehenden Fall ist hier im Zweifel das letztere anzunehmen (§ 315 Abs. 1); doch ist auch die erstere Möglichkeit nach Lage der Umstände nicht ausgeschlossen[25]).

a) Soll die Bestimmung nach freiem Belieben erfolgen, so ist

Ermessen zu treffen sind. S. auch Oertmann § 317 i. f., Dernburg § 87 III Ziff. 4, während Cosack § 84 Ziff. V die Bestimmung generalisirt.

21) Auch hier bezieht sich die gesetzliche Regelung unmittelbar nur auf Verträge, was aber eine analoge Ausdehnung nicht ausschließt. — Wegen der Empfangsbedürftigkeit s. o. Bd. I § 88. Ob der Gegner die Erklärung zurückweist, ist danach regelmäßig unerheblich.

22) S. o. Bd. I §§ 94—96. Es handelt sich in diesem Fall um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung bezw. Erklärung zur Kenntnißnahme. Vgl. dazu noch Bd. I § 72 i. f. bes. Note 5. — Einer besonderen Form — neben der Empfangsbedürftigkeit — bedarf die Erklärung auch hier nicht. Z. B. liegt sie für den Gläubiger vollkommen ausreichend in der Erhebung der Klage auf die näher bestimmte Leistung.

23) Aus dem Wesen des Schuldverhältnisses folgt nur, daß die Unbestimmtheit der Leistung in erster Linie dem Schuldner zu Gute kommt, da das vinculum obligationis nicht straffer angezogen ist. S. schon l. 99 pr., l. 106 Dig. de V. O. 45, 1. Dagegen stellt Cosack § 84 III Ziff. 2a die Sache so dar, als ob diese aus der Natur der Sache folgende Regel für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht gelte. Die gleich folgende Regel des Textes alterirt den allgemeinen Grundsatz nicht. — Kann der Schuldner sich nach Lage der Sache jeder Leistungspflicht entziehen, so geht der Fall in den bei Ziff. I besprochenen über.

24) Nicht der Leistungspflicht an sich. Vielmehr muß die Leistung selbst bestimmt sein. — Z. B. der Arzt bestimmt die Höhe des Honorars für seine Bemühungen soweit die Medizinaltaxe ihm Spielraum gibt und keine bestimmte andere Vereinbarung üblich ist (vgl. §§ 612 Abs. 2, 632 BGB.) mit bindender Kraft für beide Theile. (Die letztcitirten Paragraphen sind nicht etwa eine Ausnahme, sondern einfache Anwendung des in der vor. Note besprochenen Grundprinzips.)

25) Es muß nur ein besonderer Anhaltspunkt dafür vorhanden sein.

die Grenze der Zulässigkeit dieselbe wie bei den Potestativbedingungen[26]). Denn die Bestimmung nach freiem Belieben involvirt eine Bedingung[27]) des Schuldverhältnisses. Danach ist das Bestimmungsrecht für beide Parteien kein schrankenloses. Es wäre nicht statthaft, wenn die Klausel dem Gläubiger das Mittel böte, durch ungeheure Steigerung seines Anspruchs den Schuldner zu erdrücken[28]), — dem Schuldner, sich jeder Verpflichtung zu entziehen[29]). Vielmehr darf sich das freie Ermessen der bestimmungsberechtigten Partei naturgemäß nur in gewissen Schranken halten, welche sich objektiv aus den Umständen, insbesondere dem individuellen Bedürfniß der Partei 2c. ergeben[29]). — Bleibt die Bestimmung ganz aus oder wird sie (was dem gleichsteht) über Gebühr verzögert, so läßt sich im Allgemeinen nur sagen, daß auch hier das Schuldverhältniß wegen Vereitelung der Bedingung unwirksam wird[30]). Es gibt indessen Fälle, in denen die vorbehaltene Bestimmung der Leistung durch eine Partei sich nicht blos in condicione, sondern in obligatione befindet, sodaß also die bestimmungsberechtigte Partei sich auch der anderen gegenüber zur Ergänzung des Vorbehalts verpflichtet hat. Dies kann insbesondere bei Verträgen vorkommen. In diesem Falle kann die andere Partei auf Vollzug der Bestimmung klagen und eventuell nach Maßgabe der §§ 887, 888 CPO. ihren Anspruch zur Vollstreckung bringen, wobei das Bestimmungsrecht erforderlichenfalls auf den Vollstreckenden übergeht[31]). Besonderer Fall eines derartigen vertraglichen Vorbehalts ist der Kauf mit Spezifikation[32]), d. i. Kauf eines Waarenquantums, bei dem der Käufer sich die Bestimmung der Form und Größenverhältnisse der zu liefernden Waare vorbehält[33]). Kommt der Käufer mit dieser Bestimmung in Verzug, so kann er nach

---

26) S. o. Bd. I § 97 zu Note 8—10.
27) Wie oben bei Note 14.
28) S. auch § 138 BGB.
29) Vgl. Schollmeyer zu § 315 Note 3.
30) Vgl. o. Note 13. — Bei Verzögerung ist es (wie dort) Thatfrage, ob die Bedingung als ausgefallen anzusehen ist.
31) So sind die bei Planck § 315 Note 5, und Oertmann § 315 Note 4b bestehenden Differenzen auszugleichen.
32) Vgl. darüber Oertmann im Archiv f. civ. Praxis Bd. 85 S. 205 Cit.; Marcus, Bl. f. Rechtspflege 1897 S. 44.; Kohler, Archiv f. bürg. Recht Bd. 13 S. 185 ff.; Romeick, Zur Technik des BGB. 1. Heft: Fristbestimmung (1901) S. 5. Der Kauf mit Spezifikation ist an sich Gattungskauf (s. u. § 147). Die Spezifikationsklausel ist aber eine besondere hierher gehörige Bestimmung.
33) In Folge dessen wird der Preis meist abgestuft: es wird ein Grundpreis verabredet und dazu ein Ueberpreis nach Maßgabe der gewählten Formen und Größen.

Wahl des Verkäufers dazu gezwungen werden[34]). Daneben geht das Bestimmungsrecht der Leistung auf den Verkäufer über: nur muß er die getroffene Wahl, mit Fristbestimmung für anderweitige Festsetzung, dem Käufer mittheilen (nach fruchtlosem Ablauf der Frist bleibt die vom Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend). § 375 HGB.[35]). — Ein mehr oder weniger ausgedehntes Wahlrecht einer Partei besteht auch bei den sog. Gattungs- und Wahlschulden. S. darüber unten §§ 147, 153.

b) Hat die Entscheidung nach billigem Ermessen zu erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für die andere Partei nur dann verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Eine unbillige oder ganz ausbleibende[36]) Entscheidung unterliegt der richterlichen Korrektur oder Ergänzung[37]). § 315 Abs. 3. Das Korrektur- oder Ergänzungsbegehren kann mit der Klage auf die Leistung verbunden resp. vom Beklagten vertheidigungsweise eingewendet werden. Eventuell kann der Beklagte Korrektur selbständig mittelst Feststellungsklage beantragen[38]). Im Falle der Bemängelung der getroffenen Bestimmung hat der Bestimmungsberechtigte die Billigkeit der von ihm getroffenen Entscheidung zu beweisen[39]).

---

34) An sich ist die Vornahme der Spezifikation nur eine Hülfshandlung des Gläubigers, zu deren Vornahme aber das Gesetz den Käufer wie zur Annahme des Kaufobjekts verpflichtet. § 433 Abs. 2 BGB., § 375 Abs. 1 HGB. Denn sonst könnte Käufer sich durch Unterlassen der Spezifikation von der Annahme befreien. S. auch u. § 163 Note 10 u. Cit. Daraus rechtfertigt sich die Verurtheilung. — Daneben hat der Verkäufer die Rechte aus § 326 BGB.: also auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Rücktritt vom Vertrage (s. u. § 215 Note 35 ff.), und schließlich (zur Erleichterung) noch das weitere Recht des Textes.

35) Diese für den Spezifikationskauf gegebene Sonderregel ist selbstverständlich nicht zu verallgemeinern. Der Uebergang des Bestimmungsrechts auf den Verkäufer rechtfertigt sich aus praktischen Gründen. Die Erzwingung der Spezifikation ist nicht empfehlenswerth. — Ueber die Fristbestimmung s. die ausführlichen Bemerkungen u. § 151 Note 8 ff., die hier analogisch zu verwerthen sind.

36) Bei Verzögerung ist Thatfrage, ob die Entscheidung als ausgeblieben anzusehen ist. S. o. Note 30. Verschulden des Bestimmungsberechtigten kommt auch hier nicht in Betracht.

37) Also wie oben im Falle 2b. Nur auf den Fall „offenbarer" Unbilligkeit ist die Korrektur hier nicht beschränkt.

38) Es gilt das oben Note 17 Gesagte. S. auch Dernburg § 86 Ziff. V.

39) Vgl. Bd. I § 127 Ziff. I zu Note 13, II zu Note 22 ff. und die Wortfassung des § 315 Abs. 3 BGB. Ebenso Dernburg § 86 Ziff. IV; Oertmann § 315 Note 8. Die Frage der Billigkeit selbst ist wie in Note 18 zu entscheiden.

IV. Verschiedenheiten des Leistungsgegenstandes.

§ 147.

A. Gattungsschuld*.

Hierunter verstehen wir ein Schuldverhältniß, bei welchem die Leistung nicht individuell, sondern blos nach Gattungsmerkmalen bestimmt ist[1]). Auch hier ist der Leistungsinhalt beschränkt unbestimmt. Durch Anhäufung der Merkmale kann er bald enger bald weiter begrenzt sein[2]); doch dürfen die Merkmale, wenn eine richtige Gattungsschuld vorliegen soll, nur solche sein, welche aus der Natur der Gattung entnommen sind oder die letztere maßgebend bestimmen[3]). Somit gehört nicht hierher das Versprechen einer Quantität von Sachen aus einem bestimmten Vorrath. Denn letzterer ist regelmäßig keine Gattung[4]). Das Gesetz scheidet auch die Verbindlichkeit auf ein nur der Art nach bezeichnetes Thun[5]) von der in § 243 gegebenen Regelung aus. Doch wird diese Bestimmung immerhin soweit möglich[6]) auch auf die genannten Verbindlichkeiten entsprechend anwendbar sein[7]). — Hauptfall des praktischen Interesses

---

*) Vgl. Ihering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 4 S. 366; Goldschmidt, Handelsr. § 61; Berndorff, Die Gattungsschuld (1900); Haver, Desgl. (1900); Dernburg §§ 11, 12; Endemann I § 119; Cosack § 84; Mathiaß I § 74 Ziff. II; Enneccerus § 152.

1) Z. B. ein Reitpferd, 20 Säcke Korn oder Waizen.

2) Z. B. ein Centner grobkörnigen Roggens, ein Pferd von mittlerem Gewicht. Eine trächtige, eine frischmelkende Kuh.

3) Z. B. ein Centner russischen Getreides; Kohlen einer bestimmten Zeche, wenn sie im Verkehr eine besondere Gattung ausmachen.

4) Anders im Fall der vorigen Note. Dagegen ist der Inhalt eines Lagerhauses, Kellers, eines bestimmten Schiffes u. dgl. keine Gattung. S. auch Dernburg a. a. O. Ziff. II, u. die meisten Komm. zu § 243. Jedenfalls paßt dessen erster Absatz, wonach die zu leistenden Sachen nur der Gattung nach bezeichnet sind und danach eine Sache mittlerer Art und Güte zu liefern ist, nicht auf die letztgenannten Fälle. Im Uebrigen s. u. Note 7.

5) Vgl. z. B. l. 54 § 1 Dig. de V. O. 45, 1; Besorgung eines Kutschers, der Kavallerist war und mit Pferden umzugehen versteht, u. dgl. S. Berndorff S. 7.

6) S. z. B. Note 4 am Ende.

7) Besondere Schwierigkeit macht der Fall, wo gattungsmäßig bezeichnete Sachen aus einem bestimmten Vorrath, der nicht selbst Gattung ist, zu liefern sind. § 243 BGB., jedenfalls Abs. 1, ist hier nicht anwendbar. Daraus folgt aber nicht nothwendig, daß keine Gattungsschuld vorliegt. Es fragt sich eben, wie weit man diesen Begriff faßt. Im Anschluß an Windscheid, Pand. § 255 Note 17, Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 390 ff. u. A. reden die Motive II S. 11 sogar ausdrücklich von der Möglichkeit „gemischt generischer Verbindlichkeiten" neben § 243: d. i. solcher, wobei ein Merkmal (Vorrath) nicht mehr aus der Natur der betreffenden Art entnommen ist. Man wird die Möglichkeit einer derartigen Gattungsschuld zulassen müssen, wenn man

ist die Verpflichtung zur Leistung von gattungsmäßig bestimmten Sachen. Diese brauchen nicht vertretbare Sachen zu sein[8]); überwiegend aber sind es in der That Quantitäten vertretbarer Sachen[9]). Gattungsschulden entspringen aus den hauptsächlichsten und wichtigsten Verkehrsgeschäften.

1. Die Gattungsschuld ist nicht, wie man behauptet hat[10]), eine bedingte. Denn die Verpflichtung zur Leistung besteht *sofort*: es ist nur einstweilen ungewiß *was* geleistet werden soll; und zwar so, daß die *Individualität* des zu leistenden Gegenstandes noch nicht feststeht. Alle Gegenstände, welche *der geschuldeten Gattung angehören*, können geleistet werden; aber kein einziger Gegenstand aus dieser Gattung ist individuell geschuldet (in obligatione). Erst die Leistung selbst macht ihn regelmäßig dazu. Durch diese Leistung *beschränkt sich also das Schuldverhältniß auf den geleisteten Gegenstand*, sofern dieser nur den Gattungsmerkmalen entspricht und (§ 243 BGB.) von mittlerer Art und Güte ist[11]). Der Schuldner darf also nach dieser Vorschrift, soweit der Gattungsbegriff ihm Raum läßt, nicht gerade

---

die praktische Konsequenz will, daß sich zunächst kein einziges *Individuum aus dem betr. Vorrath in obligatione befinde*, — daß der Gläubiger aus diesem Grunde *nicht die Gefahr* irgend eines einzelnen Individuums trägt, — daß das Schuldverhältniß sich später gültig selbst auf einen solchen den Gattungsmerkmalen entsprechenden Leistungsgegenstand konzentriren kann, der zeitweilig aus dem Vorrath *herausgetreten* ist oder bei Begründung des Schuldverhältnisses *nicht dazu gehörte*, — daß (in Ermangelung besonderer Bestimmung) keine Konzentration des Schuldverhältnisses auf einen Gegenstand durch *Wahlerklärung* zulässig ist (wegen der Gefahrtragung wichtig). S. u. zu Note 26 ff. Für die Möglichkeit einer solchen Rechtsgestaltung besteht Bedürfniß. — *Immerhin* ist es *im Einzelnen Thatfrage*, ob *Gattungs- oder Wahlschuld* (s. u. § 153) oder *Speziesschuld* mit beschränkter Unbestimmtheit des Leistungsgegenstands (im Sinn des vor. Paragraphen) vorliegt. Hierfür ist der Wortlaut der Verpflichtung (z. B. „eine meiner Sachen" oder „meine Sache A oder B") natürlich nicht entscheidend. S. auch § 133 BGB. In diversem Sinne Planck Note 2, Dernburg § 11 Ziff. II, Berndorff S. 13 ff., Haver S. 23 ff., 44.

8) S. o. Bd. I § 62 Ziff. I. S. schon l. 2 § 1, l. 54 pr., 117 Dig. de V. O. 45, 1.

9) Individuen sind häufiger Gegenstand der Speziesschuld, Fungibilien häufig ein solcher der Genusschuld. — *Künftige* Sachen als solche sind kein Gegenstand der Gattungsschuld (das künftige Individuum ist geschuldet). — Hat eine Partei oder ein Dritter die zu leistende Sache zu *bestimmen*, so liegt eine andere Art der Unbestimmtheit (entweder des vorigen Paragraphen oder Wahlschuld) — nicht Gattungsschuld vor.

10) *Mommsen*, Beiträge I S. 337, 341; *Thöl*, Handelsr. §§ 73 Note 7, 75 Note 3, 4. Die Streitfrage kann heutzutage als erledigt gelten. Näheres bei *Berndorff* S. 23 ff.

11) Man redet auch wohl von *Konzentration* des Schuldverhältnisses auf diesen Gegenstand. Wir ziehen den deutschen Ausdruck vor. — In dieser Weise kann sich das Verhältniß selbst auf einen Gegenstand beschränken, der zur Zeit seiner Begründung dem Gläubiger selbst gehörte.

das Schlechteste leisten[12]), der Gläubiger darf nicht das Beste fordern. Die geeignete *Mitte* gilt nach den Grundsätzen von Treu und Glauben als *Schuldgegenstand*[13]) Nur bei Gattungsvermächtnissen soll in erster Linie[14]) eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache vermacht sein. § 2155.

2. Eine den obigen Grundsätzen entsprechende und im Uebrigen vollständige und fehlerlose Leistung führt natürlich im Augenblick, da sie erfolgt, zugleich zur *Aufhebung* des Schuldverhältnisses[15]). *Beschränkung und Aufhebung gehen also hier Hand in Hand*[16]). Entspricht die Leistung den aufgestellten Merkmalen *nicht*, so ist sie eine andere als die geschuldete, und daher ungeeignet, eine Konzentration des Schuldverhältnisses herbeizuführen. Vielmehr kann der Gläubiger *neue Leistung* verlangen, welche den Merkmalen entspricht[17]). Ist die Leistung ein der geschuldeten Gattung entsprechendes Mittelgut, aber im Uebrigen fehlerhaft, so ist für den Gläubiger ein doppelter Standpunkt möglich. Einmal daß die Leistung keine Erfüllung sei[18]) — sodaß er wiederum neue gattungsmäßige und mangelfreie Leistung verlangen kann. Auf der anderen Seite kann sich der Gläubiger aber hier auch auf den Standpunkt des Schuldners stellen, d. h. das gattungsmäßige Mittelgut als eine das Schuldverhältniß auf den geleisteten Gegenstand konzentrirende Leistung *annehmen* und sich hinsichtlich der

---

12) So gestattete es das röm. Recht in Ueberspannung des Prinzips, daß jede Unbestimmtheit dem Schuldner zu Gute komme (vgl. l. 52 Dig. mandati 17, 1, l. 72 § 5 Dig. de sol. et lib. 46, 3). Anders die modernen Rechte; jedoch mit Schwankungen, ob mittlere Art und Güte, oder nicht gerade nicht das Schlechteste 2c. zu leisten sei (s. Preuß. A.LR. I Tit. 5 § 275; Code Nap. Art. 1246; Sächs. GB. § 696; Art. 335 des alten HGB.).

13) Gerade *diese* ist also geschuldet und im Nothfall durch sachverständiges Gutachten zu *ermitteln*. Ebenso verlangt § 330 HGB. Handelsgut mittlerer Art und Güte. Im Zweifel ist auf die Verkehrsanschauung am *Erfüllungsort* zu sehen. *Dernburg* § 11 Ziff. IV. Aus dem Gesagten folgt, daß auch der Gläubiger, sofern er ein Interesse daran hat (§ 226), nicht etwas Besseres als Mittelgut anzunehmen braucht.

14) Führt dieser Gesichtspunkt zu keinem Resultat, so bleibt es bei den Grundsätzen der vor. Note.

15) Durch Erfüllung. S. u. § 182.

16) Mit Unrecht bestreitet *Mathiaß* (II lit. D) hier das Moment der Konzentration. Ob die Leistung zur völligen Aufhebung des Schuldverhältnisses führen wird, weiß man zur Zeit, da sie erfolgt, regelmäßig noch nicht. Der Begriff ist auch hier nicht zu entbehren.

17) Eventuell bei gegenseitigen Verträgen auch mittelst Verweigerung der Gegenleistung (Einrede des nicht erfüllten Vertrags) §§ 320 ff. — Nach allgemeinen Grundsätzen (z. B. wegen Verzugs) kann unter Umständen auch Schadensersatz verlangt werden.

18) Da nach dem Obigen nur gattungsmäßige fehlerlose Leistung geschuldet wird.

Mängelrüge auf die Rechte beschränken, die er haben würde wenn nur dieser Gegenstand individuell geschuldet wäre. Vgl. §§ 480, 493 BGB.[19]).

Die Unterscheidung zwischen Mängeln, welche die gelieferte Sache zu einer anderen machen[20]) und solchen, welche lediglich die Eigenschaften insbesondere die Güte der Waare betreffen (sog. Qualitätsmängel), ist im Einzelnen oft sehr schwierig. Die Bestimmung der Gattung hat nach der Verkehrsauffassung zu erfolgen; so jedoch, daß die Bestimmung sich nicht mit dem natürlichen Gattungsbegriff in Widerspruch versetzen, sondern lediglich zur Einschränkung seiner Grenzen führen darf[21]). Quantitätsmängel können Qualitätsmängel sein, z. B. wenn eine bestimmte Länge oder Breite des Stoffs, sein Gewicht oder die Zahl der Bestandtheile Bestimmungsmittel für die Qualität ist[22]). Im Uebrigen ist Theilleistung nicht geeignet die Konzentration herbeizuführen, sofern der Gläubiger die Theilleistung nicht als solche angenommen hat[23]). Dagegen kommt die Lieferung eines größeren als des geschuldeten Quantums[24]) überhaupt nicht als Mangel in Betracht, wenn das Gelieferte theilbar ist und dem Gläubiger die Theilung zu-

19) Diese Bestimmung ist die gesetzliche Lösung einer alten Streitfrage, die richtig zwar schon früher in derselben Weise zu entscheiden war (vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 5 S. 399, Bd. 6 S. 269, Bd. 7 S. 113, Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsr. Bd. 19 S. 98 ff., Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 189, Bd. 12 S. 84). Dagegen wollte Windscheid, Pand. § 394 Note 20 den Gläubiger auf das Recht, anderweitige Leistung zu verlangen, beschränken; — Bekker, Jahrb. d. gem. Rechts Bd. 5 S. 401 ff., Hanauseck (Haftung des Käufers für Beschaffenheit der Waare) u. A. beschränkten ihn umgekehrt auf die sog. ädilizischen Ansprüche. — Uebrigens ist zuzusehen, ob der Gläubiger nicht durch vorbehaltlose Annahme (Billigung, Verbrauch, Abhandenkommenlassen der Waare u. dgl.) das Rügerecht überhaupt verloren hat. Vgl. z. B. § 464 BGB. und unten das Recht der Gewährsmängelhaftung.

20) Also keinesfalls eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf den geleisteten Gegenstand herbeiführen.

21) Gattungsmängel sind z. B. die Echtheit der Substanz (Entsch. d. ROHG. Bd. 14 S. 367, Bd. 19 S. 402), die Lieferung von Sommerfrucht statt Winterfrucht (eod. Bd. 24 S. 404, vgl. Bd. 19 S. 403). Dagegen sind bloße Qualitätsmängel: Rissigkeit (eod. Bd. 7 S. 114), Feuchtigkeit des Stoffs wenn er trocken, und Trockenheit wenn er feucht sein soll (Bd. 11 S. 284). Insbesondere über Eisen oder Stahl s. Busch, Archiv f. Handelsr. Bd. 15 S. 187. Gelieferte Cigarren sind von der richtigen Sorte, aber ein Theil hat am Deckblatt gelitten u. dgl.

22) Vgl. hierzu Entsch. d. ROHG. Bd. 2 S. 60, Bd. 4 S. 134, Bd. 11 S. 284, Bd. 15 S. 302, 411 ꝛc.

23) Wozu er nach § 266 BGB. nicht verpflichtet ist. — Ist die Theilleistung nicht als solche angenommen, so kann gegebenenfalls neue Leistung verlangt werden, welche dem Schuldverhältniß entspricht. Behauptet der Schuldner, daß die gelieferte Quantität die geschuldete gewesen sei, so trifft den Gläubiger nach § 363 BGB. die Beweislast.

24) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 18 S. 242.

gemuthet werden kann. Andernfalls kann er nicht genöthigt werden, das Gelieferte zu behalten; es sei denn, daß er darein gewilligt hat oder daß die Lieferung des größeren Quantums ihn nicht benachtheiligt[25]).

3. Aber auch schon *vor der wirklichen Leistung* kann unter Umständen das Schuldverhältniß sich auf einen bestimmten Gegenstand beschränken. Freilich *nicht durch bloße Wahlerklärung* des Schuldners[26]), falls nicht dem Schuldner die Wahlbefugniß besonders eingeräumt worden ist[27]). Denn bei der Gattungsschuld stehen sämmtliche Gegenstände, welche der Gattung entsprechen, zur Auswahl des Schuldners. Je größer der Kreis ist, aus dem er leisten muß, um so weniger leicht ist zuzugeben, daß er dem Gläubiger durch ein Wort[28]) die ganze Gefahr zuschiebt[29]). Die einseitige Wahlerklärung ist also regelmäßig unverbindlich, sowohl für den Erklärenden selbst als dessen Gegner[30]). Vollwirksam dagegen ist nach allgemeinen Grundsätzen die *Vereinbarung der Parteien über einen bestimmten Leistungsgegenstand*. Es wird hier einfach durch Vertrag die Gattungsschuld in eine Speziesschuld verwandelt.

Besondere Betrachtung erfordert der Fall, wenn der Schuldner einen bestimmten Gegenstand zu leisten *beginnt*. Hier fragt sich, *wann die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf diesen Gegenstand eingetreten* ist. Bis zum vollständigen Vollzug der Leistung zu warten, geht nicht an. Die Gefahr darf nicht bis zum Schluß auf den Schuldner lasten[31]). Die Leistung beginnt nun damit,

---

25) Z. B. weil keine höhere Gegenleistung von ihm verlangt wird und das größere Quantum nach Lage der Sache als Erfüllung genügt.

26) Wie bei der Wahlschuld. S. u. § 153.

27) In diesem Falle gelten für die Ausübung der Wahl mangels besonderer Bestimmung analogisch die Regeln der Wahlschuldverhältnisse (§§ 263 ff. BGB.).

28) Durch Wahlerklärung, welche das Schuldverhältniß auf die gewählte Leistung beschränken würde.

29) In diesem Sinne sagt man, daß bei der Gattungsschuld (im Gegensatz zur Speziesschuld) der Schuldner die Gefahr trage, d. h. er trägt die Gefahr *nochmals leisten zu müssen*, wenn die erste Leistung untergeht. Es handelt sich um eine schuldrechtliche, nicht um eine sachenrechtliche Gefahr (also nicht um den Satz: res perit domino). Man sagt: Species perit ei cui debetur, genus perire non censetur. Ueber die Folgen dieses Satzes s. noch unten Note 33 ff.

30) Der Schuldner kann nachträglich eine andere Sache zur Leistung auswählen; der Gläubiger kann, wie bei der Gattungsschuld überhaupt, nur auf eine Sache klagen, welche den Gattungsmerkmalen entspricht. Also nicht auf eine bestimmte Sache (es sei denn, daß darin der Accept einer Wahlofferte des Schuldners läge: s. u.).

31) Nach Maßgabe der Note 29. Dies ist das Korrelat der dort im Text zu Gunsten des Gläubigers getroffenen Bestimmung.

daß der Schuldner ein bestimmtes geeignetes Individuum aus der Gattung ausscheidet[32]), um es dem Gläubiger zu überliefern. Wenn dieses Individuum auf dem Wege vom Schuldner zum Gläubiger zufällig zu Grunde geht oder verschlechtert wird, wen trifft hier der Schaden? Dies ist die praktische Frage. Ihre Beantwortung hängt nach dem Obigen davon ab, wann sich das Schuldverhältniß auf den betreffenden Gegenstand beschränkt. Nach diesem Zeitpunkt ist im Wesentlichen so zu entscheiden, wie wenn das Schuldverhältniß nur auf diese Sache ginge[33]); vor jenem Zeitpunkt ist der Untergang oder die Verschlechterung des Gegenstandes regelmäßig für den Gläubiger gleichgültig. Denn da kein bestimmtes Individuum geschuldet war, ist dem Gläubiger ein anderes zu leisten, wenn das erste zu Grunde geht oder über Gebühr verschlechtert wird. Das geschuldete Genus ist immer vorhanden. Nur in selteneren Fällen kann es vorkommen, daß schließlich die ganze Gattung untergeht oder verschlechtert wird, z. B. wenn Aktien oder gewisse seltene Thiere oder bestimmte Erzeugnisse geschuldet sind und diese wegen Auflösung der Aktiengesellschaft, Aussterben der Thierart oder Aufhören der Produktion jener Erzeugnisse nicht mehr geliefert werden können. Hier steht das Eingehen der Gattung dem Untergang des Individuums bei Speziesschulden gleich[34]). In anderen Fällen aber trifft bei der Gattungsschuld der Untergang ꝛc. einzelner Individuen stets den Schuldner[35]).

Die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Leistung involvirt also immer den Gefahrübergang auf den Gläubiger[36]), und aus diesem Gesichtspunkt ist denn auch die Frage der Konzentration selbst zu beantworten. Daher beschränkt jedenfalls der Annahmeverzug des Gläubigers[37]) das Schuldverhältniß auf den ordnungs-

---

32) Daß die Ausscheidung allein regelmäßig noch keine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf den ausgeschiedenen Gegenstand herbeiführt, versteht sich nach dem bei Note 26—27 Gesagten von selbst. Die sog. Ausscheidungs- oder Individualisirungstheorie (Thöl) ist überwunden.

33) Also wie bei Speziesschulden. S. u. §§ 157 ff., 170 ff. Jedoch tritt diese Vereinfachung des Schuldverhältnisses nicht zum Nachtheil des Schuldners ein. Vgl. Prot. Bd. 1 S. 287, Dernburg § 12 Note 6.

34) Mit dieser Beschränkung ist also der Satz: genus non perit überhaupt zu verstehen. — Ist aus einem bestimmten Vorrath zu leisten (s. o. N. 7), so schränkt sich der Satz noch mehr ein, und ist der Schuldner befreit, wenn der Vorrath (aus einem vom Schuldner nicht zu vertretenden Grunde) erschöpft ist. Ueber den Fall theilweisen Untergangs des Vorraths s. Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 392 ff.

35) S. o. Note 29.

36) Weil eben (die nunmehr allein geschuldete) species perit ei cui debetur.

37) S. u. §§ 163 ff.

mäßig angebotenen Gegenstand[38]); ja zur Konzentration genügt es, wenn der Schuldner das zur Leistung eines bestimmten geeigneten Gegenstands von seiner Seite Erforderliche gethan hat[39]). § 243 Abs. 2 BGB. Die bloße Ausscheidung des Individuums aus der Gattung zum Zwecke der Lieferung und Mittheilung dieses Aktes an den Gläubiger[40]) genügt dazu nur in dem Falle, da dem Schuldner eine weitere Lieferungsthätigkeit nicht obliegt: also wenn die zu liefernde Sache sich am Leistungsort (§ 269) befindet und vom Gläubiger abzuholen ist[41]). Ist die Sache dem Gläubiger zu übersenden[42]), wie z. B. beim sog. Distanzkauf, so tritt die Beschränkung auf die zu liefernde Sache dann ein, wenn letztere zum Zwecke der Versendung der damit betrauten Person oder Transportanstalt ausgeantwortet worden ist (arg. § 447 Abs. 1). Ist der Leistungsort, wie in zahlreichen Verkehrsverhältnissen, beim Gläubiger, d. h. ist ihm die Sache zu bringen[43]), so konzentrirt sich das Schuldverhältniß erst bei der Ablieferung.

4. Die Wirkung der Konzentration ist die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die betreffende einzelne Leistung. Dies wird nicht auf die Vergangenheit zurückbezogen[44]). Die Beschränkung äußert sich darin, daß a) von nun an der Gläubiger, wie gewöhnlich, die Gefahr jener Individualleistung trägt[45]); b) daß der Gläubiger ein unentziehbares Recht auf eben diese Leistung erworben hat, also sich weigern kann, statt ihrer etwas anderes anzunehmen[46]). Nur beim Annahmeverzug wird der Grundsatz des

38) Vgl. § 300 Abs. 2 BGB.

39) Damit ist die sog. Lieferungstheorie (Jhering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 4 Nr. 5) vom Gesetzbuch sanktionirt. Vgl. noch Berndorff S. 36 ff.; übrigens auch Kisch in Grünhut's Ztschr. Bd. 28 S. 259.

40) Ohne solche Mittheilung würde regelmäßig nur ein ganz interner Akt des Schuldners vorliegen. S. o. Note 32.

41) Holschulden. S. auch § 295 BGB. und unten § 155.

42) D. h. vom Erfüllungsorte an einen anderen (den sog. Bestimmungs)ort.

43) Bringschulden. Z. B. der Metzger hat das bestellte Fleisch, der Kellner im Wirthshaus die bestellte Flasche Wein dem Gaste zu bringen (d. h. auf den Tisch zu setzen). Der Schuldner trägt die Gefahr, wenn auf dem Wege ein Hund das Fleisch aufschnappt oder der Kellner die Flasche zerbricht. Es wäre unbillig, wenn der Besteller den Preis bezahlen müßte ohne etwas zu erhalten.

44) Wie bei den Wahlschuldverhältnissen (§ 263 Abs. 2).

45) S. o. Note 36 und § 275 BGB.

46) Nicht zu billigen ist es, wenn Cosack § 84 III Ziff. 3 behauptet, daß dazu Mittheilung an den Gläubiger erforderlich sei. Zuweilen gehört Anzeige zur Vollendung der Konzentration (s. o. bei Note 40), in den meisten Fällen aber nicht (z. B. vor Allem nicht bei der Versendung vom Leistungsort). Der Gläubiger hat ein unentziehbares Recht auf die abgesendete Sache. Dies erlaubt ihm, über die auf dem Transport befindliche Sache zu verfügen. Gegen Unbilligkeiten

§ 243 Abs. 2 durch andere Erwägungen durchbrochen. Die Wirkungen des Annahmeverzugs sind im Interesse des Schuldners eingeführt. Hauptfolge ist das Recht der Hinterlegung des angebotenen Gegenstandes (§ 372). Hat der Schuldner das Recht, die hinterlegte Sache zurückzunehmen, so gilt, wenn er davon Gebrauch macht, die Hinterlegung als nicht erfolgt (§§ 376, 379); er wird daher auch auf die Wirkung des Annahmeverzugs im Sinne des § 300 Abs. 2 verzichten können. Dies bedeutet Rücknahme des Konzentrationsakts unter der Verpflichtung zur Leistung anderer geeigneter Gegenstände. Diese Möglichkeit liegt im Interesse des Schuldners und wird von der Verkehrsanschauung gefordert[47]).

§ 148.

B. Geldschulden*.

1. Geld[1]) ist das am häufigsten vorkommende Objekt der Leistung. Es hat dies seinen Grund in der Natur des Geldes, allgemeiner Werthmesser für andere Güter und allgemeines Tauschmittel zu sein. Geldschulden nennen wir diejenigen Schuldverhältnisse, die gerichtet sind auf Leistung einer bestimmten Werthsumme durch Zahlung von Geld[2]). Man spricht bei der Geldschuld daher auch wohl von einer Summenschuld.

Hiernach sind nicht Geldschulden in unserem Sinne

a) Schuldverhältnisse auf Leistung bestimmter individueller Geldstücke[3]). Hier liegt eine gewöhnliche Speziesschuld vor;

b) Schuldverhältnisse auf Leistung einer bestimmten Quantität von Stücken einer gewissen Münzsorte[4]). Eine solche ausschließliche Münz- oder Geldsortenschuld ist eine Gattungsschuld (s. o. § 147).

---

helfen §§ 226, 242 BGB. und die exceptio doli. S. auch Prot. Bd. 1 S. 287 ff. A. M. Fr. Leonhard in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 41 S. 29 ff.

47) Also der Schuldner kann über die vom Gläubiger nicht angenommene Sache wieder verfügen. A. M. mangels anscheinend möglicher Konstruktion Oertmann § 243 Note 5 b. Die Konstruktion ist im Texte gegeben. Eventuell würden auch hier wieder die §§ 226, 242 BGB. einschlagen.

*) S. die oben § 62 Note 5 Citirten. Ferner H. Kaufmann, Zur Lehre vom Inhalt einer Geldschuld (1894); Endemann I § 121; Cosack § 87; Mathiaß I § 75; Enneccerus I § 154.

1) Ueber den Begriff s. o. Bd. I § 62.

2) Also das zu Leistende ist das Werthquantum; das Geld ist nur das Mittel dazu.

3) Z. B. eines verschlossenen Beutels mit Geld, welcher zur Aufbewahrung übergeben ist.

4) Wenn darin nicht blos ein ungenauer Ausdruck für ein Werthquantum liegt. Das Gesagte hat die praktische Folge, daß es in diesem Fall nicht darauf ankommt, ob die geschuldeten Geldstücke sich zur Leistungszeit noch im Umlaufe

2. Eine Geldschuld ist zu berichtigen in der gesetzlichen Währung, falls nicht der Gläubiger eine anderweitige Zahlung annimmt[5]) oder Zahlung mit anderem Gelde von vornherein ausbedungen ist. Letzteres ist eine Geschäftsklausel wie jede andere[6]), die gültig ist, sofern sie nicht gegen eine im öffentlichen Interesse erlassene (zwingende) Rechtsvorschrift verstößt[7]). Dagegen liegt eine solche Geschäftsklausel nicht schon in der einfachen Angabe der Münzsorte; denn man kann eine Geldschuld überhaupt nicht anders als in einer Münzsorte ausdrücken. Daher ist namentlich im internationalen Verkehr der Ausdruck der Münzsorte nicht bindend, und die Geldschuld mangels besonderer Verabredung[8]) in Landesmünze zur Zeit und am Orte der Zahlung zu berichtigen. § 244 BGB. schreibt dieses unbedingt für die im Inland zahlbaren Geldschulden vor, gleichviel aus welchem Grund die Schuld in ausländischer Währung ausgedrückt war (z. B. weil die Parteien Ausländer oder die Schuld im Ausland kontrahirt ist). Die Grundsätze des internationalen Privatrechts führen regelmäßig zum gleichen Resultate[9]).

3. Die geschuldete Währung ist regelmäßig vom Gläubiger zum Nennwerthe anzunehmen; eine Vereinbarung, sie blos zum Kurswerthe zu nehmen, dadurch aber nicht ausgeschlossen[10]). Die in aus-

befinden. Existirt die Gattung gar nicht mehr, so wird der Schuldner frei wegen Unmöglichkeit der Leistung.

5) S. o. Bd. I § 62 II Ziff. 1; insbesondere auch darüber, daß die bewilligte Zahlung mit anderem Gelde wirkliche Zahlung ist. — Der Satz des Textes folgt aus der herrschenden Münzgesetzgebung.

6) Sie kann auch aus den Umständen als gewollt hervorgehen. S. o. Bd. I § 86.

7) S. o. Bd. I § 79. Z. B. wenn in einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde über ein dieser Beurkundung bedürftiges Geschäft die Zahlung nicht nach Art. 14 § 4 des RMünzGes. in Reichswährung versprochen würde. Bedarf das Geschäft der öffentlichen Beurkundung nicht, so trifft der Mangel blos die Urkunde. Nichtig wäre es auch, wenn eine Reichs- oder Landeskasse entgegen den Bestimmungen des Münzgesetzes die unbeschränkte Annahme von Scheidemünzen oder von unter das Passivgewicht verringerten Münzen für eine Schuld vertraglich ausschließen wollte.

8) Der verkehrsübliche Ausdruck dafür ist „effektiv" (z. B. Versprechen von 1000 Rubel effektiv). Aber auch andere Ausdrücke genügen, wenn sie nur hinreichend bestimmt sind. Hier spricht man von Geldsortenschuld. Diese Geldsortenschuld ist (im Gegensatz zu Ziff. 1 b) eine wirkliche Geldschuld, aber eine besonders qualifizirte.

9) S. o. Bd. I § 28 Note 47. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 23 S. 205, Bd. 25 S. 41 u. d. RG. Bd. 1 S. 23, Bd. 6 S. 125, Bd. 9 S. 3, Bd. 19 S. 48. Bekker, Die Kouponsprozesse der Oesterr. Eisenbahngesellschaften (1881); G. Hartmann, Internationale Geldschulden (1882); v. Bar, Int. Privatrecht II S. 48 ff. u. die österr. Entscheidungen i. d. Ztschr. f. Handelsr. Bd. 27 S. 512 ff., Bd. 28 S. 283 ff.

10) Der Geldschuld wird dadurch eine besondere Klausel beigefügt. Praktisch

ländischer Währung ausgedrückte Geldschuld ist, wenn sie nach den obigen Grundsätzen in Landesmünze zu zahlen ist, nach dem Kurswerth zur Zeit und am Orte der Zahlung in Landesmünze umzurechnen (vgl. § 244 Abs. 2). Verkehrsgeld braucht immer nur zum jeweiligen Kurse genommen zu werden[11]).

4. Ist die Münzsorte, in welcher die Geldschuld zu berichtigen ist[12]), besonders bestimmt[13]), so hat der Schuldner in derselben zu zahlen, gleichgültig ob die Münzsorte am Zahlungsorte selten geworden oder hier nur mit unverhältnißmäßigen Kosten zu beschaffen ist[14]). Nur wenn die Münzsorte sich zur Zahlungszeit überhaupt nicht mehr im Umlaufe befindet, ist die Erfüllung der Nebenbestimmung für die Geldschuld unmöglich geworden[15]), daher die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Bestimmung nicht getroffen wäre[16]). § 245.

§ 149.

C. Zinsen*.

1. Zinsen sind eine Vergütung, welche Jemand zu fordern hat für die Entbehrung einer ihm geschuldeten Summe Geldes

wird sie wohl nur bei Verschlechterung des Währungssystems. Vgl. Dernburg § 15 Ziff. 2.

11) S. o. § 62 II Ziff. 2. Vereinbarungen über einen anderen Kurs sind auch hier gestattet.

12) D. h. eine wirkliche Geldschuld: im Gegensatz zu dem in Ziff. 1 b bezeichneten Falle.

13) S. o. Ziff. 2 bei Note 6 ff. u. 8.

14) Vorbehaltlich auch hier der durch §§ 226, 242 BGB. gezogenen Grenzen.

15) Nicht die ganze Verbindlichkeit. Der Schuldner wird daher nicht befreit.

16) Also in der am Zahlungsort herrschenden Währung unter entsprechender Umrechnung. — Wird eine Umrechnung in Folge einer Aenderung des Münzwesens erforderlich, so werden die betreffenden Gesetze meist selbst die Umrechnungsgrundsätze bestimmen. Eine Modifikation des Schuldinhalts ist dadurch nicht ausgeschlossen. Fehlen derartige positive Bestimmungen oder sind sie nach Lage der Sache (z. B. für ausländische Gläubiger) nicht maßgebend, so ist zu unterscheiden, ob ein Uebergang von der Gold- zur Silberwährung oder umgekehrt stattgefunden hat, oder ob blos der Münzfuß geändert ist. Im ersteren Falle hat die Umrechnung nach dem jedenfalls bestimmten Werthverhältniß von Gold und Silber zur Zeit des Uebergangs (nicht der Begründung des Schuldverhältnisses oder der Zahlung resp. der Verfallzeit) zu erfolgen; im letzteren Fall nach dem Verhältniß der gesetzlichen Feingehalte beider Münzen ohne Berücksichtigung des etwa gleichen Namens. Vgl. darüber (zum Theil abweichend) die oben Note 9 Citirten, aber auch Knies, Das Geld S. 336 ff. u. Goldschmidt, Ztschr. für Handelsr. Bd. 19 S. 327.

*) Randa, Die Lehre v. d. Zinsen 2c. (1869); v. Petrażycki, Lehre vom Einkommen Bd. 2 (1895) S. 123 ff.; Dernburg §§ 18—23; Endemann I § 122; Cosack §§ 89 ff.; Mathiaß I § 79; Stammler, Schuldverhältnisse S. 146 ff.; Enneccerus I §§ 156 ff.

oder anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere[1]), bestehend in einer Leistung gleicher Art[2]), und bemessen nach Quoten der Hauptleistung. Die Zinsen sind dem Gläubiger in der festgesetzten Höhe dauernd (periodisch) zu entrichten. Arg. § 101 Ziff. 2, 246 ff., 607—608 BGB. Die Hauptschuld heißt auch das Kapital; die Zinsen bilden während Bestehens der Kapitalschuld fortlaufend deren Einkommen. Das Bürgerliche Gesetzbuch rechnet die Zinsen zu den Früchten[3]). Die Zinsschuld steht also neben der Kapitalschuld und stellt letztere gewissermaßen in verjüngtem Maßstabe dar. Die Zinsschuld ist auch von der Hauptschuld abhängig, in dem Sinne, daß sie ohne die letztere nicht entstehen konnte und auch späterhin in vielfacher Beziehung deren Fortbestand voraussetzt.

Nach alledem sind nicht Zinsen

a) Renten (vgl. §§ 197, 330, 759 ff., 843 ff., 1199 ff. BGB.), da sie zwar wiederkehrende Leistungen sind, aber kein Kapital voraussetzen[4]);

b) Dividenden, da sie zwar neben einem Kapital und wiederkehrend, aber nicht in einem ein- für allemal feststehenden Betrage geschuldet werden, vielmehr sich nach dem mit dem Kapital gemachten Gewinn richten[5]);

c) Amortisationsquoten[6]) und andere Zuschläge zu den Zinsen, oder Abzüge vom Kapital, die zwar auch prozentual nach letzterem berechnet werden, aber entweder nicht wiederkehrend, oder nicht als Einkommen vom Kapital ꝛc.[7]);

---

1) Nicht auf den Genuß oder die Nutzung derselben durch den Anderen, wie Viele definiren, kommt es an; denn die Zinsen werden ohne Rücksicht auf diesen Genuß geschuldet. — Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt den Begriff der Zinsen als bekannt voraus.

2) Also z. B. von Geld wieder Geld, von Getreide wieder Getreide u. dgl.

3) S. o. Bd. I § 69. Vgl. insbes. Note 12 daselbst. Die Zinsen repräsentiren den Gebrauchswerth der den Gegenstand der Hauptschuld bildenden Quantität (gleichgültig ob der betreffende Gebrauch vom Schuldner wirklich gemacht wird: s. o. Note 1). Schon die Römer gingen von der Vorstellung aus, daß ein Kapital immer fähig sei, die Zinsen hervorzubringen. Vgl. l. 34 Dig. de usur. 22, 1; l. 121 Dig. de V. S. 50, 16 u. unten Ziff. 2.

4) Dies schließt nicht aus, daß gelegentlich Bestimmungen über die Zinsen in einzelnen Beziehungen auf Renten angewendet werden. So in §§ 1107, 1200 BGB. — Ueber die Renten s. u. §§ 250 ff.

5) Vgl. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 374 ff. und oben Bd. I § 76 zu Note 16.

6) S. Crome a. a. O. S. 212.

7) Sondern daneben als besondere Vergütung (z. B. für die Kapitalsverschaffung) oder zur Abzahlung des Kapitals u. dgl. Dernburg § 18 Ziff. 2. Auch hier findet zuweilen Gleichstellung mit den Zinsen statt. So hinsichtlich der Amortisationszahlungen in § 10 Ziff. 4 d. RG. betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung und in § 197 BGB.

d) **Vergütung für die Entbehrung von Individualsachen**, z. B. für Gebrauchsüberlassung oder Nutzung derselben[8]). Daher sind der sog. „Mieth- oder Pachtzins" keine Zinsen.

2. **Entstehungsgründe der Zinsschuld gibt es zwei: Rechtsgeschäft und Rechtssatz.** Demgemäß spricht man von **bedungenen und gesetzlichen Zinsen.**

a) **Das in Frage stehende Rechtsgeschäft kann von jeder Art sein**[9]): **Vertrag, einseitige Verfügung unter Lebenden**, soweit sie überhaupt eine Verbindlichkeit zu erzeugen vermag (Ausgabe von Zinskoupons als Inhaberpapiere) und **von Todeswegen** (testamentarische Anordnung: Vermächtniß). Fälligkeit und Perioden der Leistung ergeben sich in Ermangelung einer besonderen Bestimmung aus der Verkehrssitte. Daß in längerer andauernder **Zinsleistung** eine **Zinsvereinbarung** liege, wird sich nicht allgemein behaupten lassen[10]).

b) **Eine gesetzliche Zinspflicht** knüpft sich an gewisse **Thatbestände** an. Die gesetzlichen Zinsen haben die Eigenthümlichkeit, daß sie **regelmäßig nicht vor dem Kapital** fällig werden; sie erscheinen vorzugsweise unter dem Gesichtspunkt des **Schadensersatzes.** Entweder bilden sie einen Theil des Schadensersatzes oder das in dem betreffenden Falle von der Rechtsordnung zugebilligte Ersatzquantum überhaupt. Das Recht geht von der Ansicht aus, daß **die Entziehung oder Vorenthaltung eines Kapitals von selbst den Gläubiger schädige um den entgangenen Gewinn der Zinsen**[11]), weil das Kapital regelmäßig fähig sei, solche Zinsen hervorzubringen. Daher können gesetzliche Zinsen oft gefordert werden, wo für weitere Schadensersatzansprüche kein Raum ist[12]) oder solche nicht hinreichend bewiesen werden können[13]). So bilden die gesetzlichen Zinsen nicht selten den

---

8) S. u. §§ 234 ff.

9) Dasselbe bedarf heutzutage keiner Form.

10) An Stelle von l. 6 pr. § 1 Dig. de usuris 22, 1 kommt es heutzutage nur darauf an, ob darin ein gültiger Vertragsschluß auf die Zinsen **durch konkludentes Verhalten** im Sinne von Bd. I § 86 Ziff. 2 b gefunden werden kann; was wohl nur unter Umständen zu bejahen ist. — **Zinserlaß** kann liegen in vorbehaltsloser Annahme des **Kapitals** oder **geringerer Zinsbeträge** als sie geschuldet sind.

11) S. über den entgangenen Gewinn als Ersatzquantum schon Bd. I § 108 Ziff. 3a u. unten § 151 zu Note 29 ff.

12) Weil ein Verschulden des Gegners fehlt.

13) Z. B. der Verwalter fremden Vermögens schuldet Zinsen vom eingenommenen Kapital. § 668 BGB. Bezüglich der wirklich gezogenen ist dies Restitution (§ 667 BGB.), bezüglich der nicht gezogenen ist es Ersatz. — Die

einzigen Ersatzanspruch des Gläubigers, — oft dagegen auch nur das gesetzliche Mindestmaß des Ersatzes, über das bei Nachweis eines höheren Schadens hinausgegangen werden kann[14]). Hauptfall der gesetzlichen Zinsen sind heutzutage[15]) die Verzugszinsen (§ 288 BGB.) und Prozeßzinsen (§ 291); erstere bei Verzug des Schuldners[16]), letztere (ohne Rücksicht auf Verzug) von der Rechtshängigkeit des Anspruchs[17]) resp. späteren Fälligkeit der Geldschuld an[18]) zu fordern[19]). Verzugs- und Prozeßzinsen beschränken sich auf Geldschulden. — Ist für den Werth geschuldeter, während des Verzugs untergegangener[20]) oder verschlechterter Sachen, — ingleichen solcher die rechtswidrig[21]) dem Berechtigten entzogen oder beschädigt wurden, Ersatz zu leisten, so ist die Ersatzsumme von dem Augenblicke zu verzinsen, welcher der Bestimmung des Werths der Sache zu Grunde zu legen ist[22]). §§ 290, 849 BGB. — Wer zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtet ist, hat den dafür zu leistenden Betrag nach § 256 von der Aufwendung an zu verzinsen, — wer als Beauftragter, Geschäftsführer, Verwahrer, Vormund u. dgl. fremdes Geld in eigenen Nutzen verwendet hat, das Verwendete vom Augenblicke der Verwendung an. Vgl. die §§ 27, 86, 668, 675, 681, 698, 713, 1834 ꝛc. BGB. Spezialvorschriften über die Verzinsung herauszugebender Geldsummen bestehen beim Kauf

---

Erstattungspflicht gezogener Zinsen steht einfach unter den Grundsätzen des betreffenden Rechtsverhältnisses (z. B. §§ 667, 675, 681, 1890, 1925 BGB.) und der nach Maßgabe des letzteren herauszugebenden omnis causa.

14) Darüber s. u. §§ 150 ff.

15) Ueber die röm. Fälle s. Windscheid-Kipp, Pand. II § 259 Note 7. In den sog. bonae fidei iudiciis wurden Zinsen nach Maßgabe der Billigkeit vom Richter nach freiem Ermessen zugesprochen.

16) S. u. §§ 161 ff.

17) S. o. Bd. I § 129 Note 2. Zuweilen tritt die Verpflichtung schon früher ein, weil der Schuldner kraft Gesetzes zu behandeln ist, wie wenn der Anspruch gegen ihn rechtshängig wäre. S. §§ 819, 820; auch Abs. 2 eod. und § 990 BGB.

18) Ueber die Zulässigkeit von Klagen auf betagte Leistungen s. o. Bd. I § 133 Note 8. Hauptfälle in §§ 257, 258, 259 CPO. Die Zinspflicht tritt hier erst mit der Fälligkeit der Schuld ein.

19) Von den Prozeßzinsen war schon die Rede. S. o. Bd. I § 129.

20) Dem Untergang wird nach § 290 gleichgestellt, wenn die Sache aus einem sonstigen während des Verzugs eingetretenen Grunde nicht herausgegeben werden kann.

21) Vor Allem auch durch Delikt.

22) Ueber die Werthberechnung auch in dieser Beziehung gelten die allgemeinen Regeln des Schadensersatzrechts. S. u. § 151 zu Note 42 ff. Die §§ 290, 847 BGB. gestalten diese Lehre nur aus. Denn hätte der Gläubiger den Wertherſatz in dem im Text bezeichneten Augenblick erhalten, so hätte er nach der Auffassung des Gesetzes (s. o. N. 11) von da ab auch die Zinsen gehabt.

(§ 452)[23]), Werkvertrag (§ 641 Abs. 2), beim Rücktritt von einem Vertrage (§§ 347 i. f., 327)[24]) und im Handelsrecht[25]).

3. Die Zinsforderung ist eine Nebenforderung[26]) neben der Hauptforderung. Daher nimmt sie in manchen Beziehungen am rechtlichen Schicksal der Hauptforderung Theil; vor Allem an den Vorrechten der Hauptforderung im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung[27]). Ist die Hauptschuld pfandmäßig gesichert, so haftet das Pfand auch für die Zinsen; für die künftigen, sobald sie fällig werden, wie für die rückständigen, — für gesetzliche nicht weniger als für bedungene Zinsen. Doch ist für letztere, soweit das Pfandrecht überhaupt der Eintragung bedarf[28]), der Zinssatz einzutragen. §§ 1115, 1118, 1210, 1264 BGB.[29]). Ob die Bürgschaft für die Hauptschuld sich auf die Zinsforderung erstreckt, hängt insbesondere bei bedungenen Zinsen von der Auslegung des Bürgschaftsvertrages ab. Für gesetzliche Zinsen ist die Frage nach § 767 BGB. in der Regel zu bejahen.

Im Uebrigen gilt Folgendes:

a) die Nebenforderung ist unselbständig insofern als das Entstehen und Fortlaufen der Zinsen den Bestand und Fortbestand der Kapitalschuld voraussetzt. Daher ist bei Unwirksamkeit der Hauptforderung in demselben Maße auch der Zinsanspruch unwirksam[30]); nach Erfüllung, Erlaß, Aufrechnung der Hauptforderung wird der Zinsanspruch im Augenblicke des Erlöschens der Hauptforderung sistirt. Die in § 803 BGB. enthaltene Ausnahme bei Werthpapieren, welche mit Zinsscheinen versehen sind[31]), betrifft nur die Methode der Durch-

---

23) S. auch noch über die Verzinsung des Steigpreises in der Zwangsversteigerung eines Grundstücks § 49 Zw.VG.

24) S. auch § 543 Abs. 2 BGB.

25) Vgl. z. B. §§ 110, 111, 353, 355 HGB.

26) Ueber die Verjährung derselben s. o. Bd. I § 115 Note 4.

27) An den sog. privilegia exigendi der Hauptforderung. Vgl. § 62 Ziff. 3 KO. und § 12 Zw.VG. — Im Prozeß kommt für die Berechnung der Höhe des Streitgegenstandes die Nebenforderung neben der Hauptforderung nicht in Betracht. S. § 4 CPO. und Entsch. d. RG. Bd. 32 S. 377 ff.

28) Im Grundbuch bezw. Schiffsregister. S. §§ 1115, 1191 Abs. 2, 1192, 1200, 1264 BGB.

29) Wegen der Beschränkung des Vorrechts bei der Immobiliarzwangsvollstreckung auf die Rückstände des laufenden und der beiden der Beschlagnahme vorausgehenden Jahre s. § 10 Zw.VG. Ziff. 4 u. 8. — Bei einer verpfändeten verzinslichen Forderung erstreckt sich das Pfandrecht auch auf die Zinsen des Pfandobjekts. Näheres darüber in § 1289 BGB.

30) Z. B. nach durchgeführter Anfechtung der Hauptforderung ist auch der Zinsanspruch mit rückwirkender Kraft vernichtet.

31) S. u. § 311 Ziff. 4.

führung[32]). Mit Rücksicht auf die Qualität der Zinsscheine als Werthpapiere, müssen sie bei der Vorlegung noch weiter ausbezahlt werden; daher hat der Schuldner das Recht eines entsprechenden Abzugs am Kapital für die auf die Zeit nach Erlöschen der Hauptforderung lautenden, bei der Kapitalseinlösung nicht zurückgegebenen Zinsscheine[33]).

b) Einmal *verfallene* Zinsen sind *selbständige Schuldposten*. Sie können daher besonders getilgt, für sich allein (ohne die Hauptforderung) abgetreten werden[34]), und den Bestand der Kapitalschuld überdauern. Ebenso kann die fällige Zinsschuld selbständig *geltend* gemacht werden[35]), sei es vor oder nach erfolgter Abtragung des Kapitals[36]). Auf der anderen Seite kann bei gleichzeitiger Fälligkeit von Kapital und Zinsen die einseitige Abtragung der einen Schuld ohne die andere nicht (nach § 266 BGB.) als unzulässige Theilleistung zurückgewiesen werden[37]). *Nur die Verjährung* der Hauptforderung zieht die Verjährung verfallener Zinsen nach sich (selbst wenn die besondere vierjährige Verjährungszeit der letzteren noch nicht abgelaufen ist). § 224 BGB.[38]). Auch soll die Zinszahlung als Einkommensleistung[39]) regelmäßig der Kapitalzahlung nicht nachhinken. Das Gesetz gibt daher dem Gläubiger ein Ablehnungsrecht der angebotenen Leistung[40]), die ein Schuldner unter Umgehung des fälligen Zinses blos auf das Kapital verrechnen will[41]). § 367 BGB.[42]).

32) Durch die Ausgabe besonderer Werthpapiere über den Zinsanspruch wird im Uebrigen an dessen rechtlicher Natur nichts geändert. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 254 ff. u. Cit.

33) Sofern sie nicht nach den ihnen eigenen Grundsätzen bereits zu dieser Zeit kraftlos geworden waren. Vgl. § 801 BGB.

34) S. u. §§ 197 ff.

35) Der Gläubiger hat zwei Ansprüche, die er (wie regelmäßig: s. o. Bd. I §§ 35 i. f., 121 zu Note 19) *gleichzeitig* oder *successive* geltend machen kann.

36) Gleichgültig aus welchem Grunde die Zinsen geschuldet werden. Damit ist die röm. Streitfrage über die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen (s. schon *Carus*, Die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen, 1876) erledigt. Die röm. Unterscheidung zwischen Zinsen, die in obligatione sunt, und denen, welche officio iudicis praestantur, ist beseitigt. Alle Zinsen können heute geradeso selbständig beigetrieben werden, wie die Hauptschuld.

37) A. M. *Cosack* § 88 Ziff. 2a.

38) Die Bestimmung ist *Ausnahme*, eingeführt schon durch das röm. Recht (vgl. l. 26 pr. Cod. de usuris 4, 32) im Interesse der Hauptverjährung, die sonst leicht wegen des fortdauernden Streits über die Zinsen ihren Zweck verfehlen würde. S. schon oben Bd. I § 115 zu Note 8, § 116 i. f.

39) Zumal die Zinsen gewöhnlich zum Unterhalt des Gläubigers dienen.

40) D. h. der Gläubiger kommt durch die Ablehnung nicht in Verzug. S. u. § 163.

41) Ueber die Anrechnung von Zahlungen s. u. § 182 Ziff. 4.

42) Nimmt der Gläubiger das Kapital vorbehaltslos an, so *kann* darin unter Umständen ein *Verzicht* auf die Zinsen liegen, falls der Gläubiger den ihm zustehenden Zinsanspruch gekannt hat. Zu vermuthen ist ein solcher Verzicht natür-

4. Der Betrag der Zinsen wird gemessen nach einer Quote des Kapitals und nach den Perioden der Leistung. Die Quoten sind Hunderttheile (Prozente) des Kapitals; die Rechnungsperiode ist bei uns ein Jahr[43]). Das Maß der Zinsen nennen wir den Zinsfuß. Bei den auf Rechtsgeschäft beruhenden Zinsen unterliegt der Zinsfuß im Allgemeinen der freien Bestimmung der Parteien, vorbehaltlich der gesetzlichen Wucherschranke. § 138 Abs. 2 BGB.[44]). Abgesehen davon sind alle früheren Zinsbeschränkungen aufgehoben[45]). Der Nutzungswerth von Geld und anderen Waaren, der durch die Zinsen bezeichnet wird, richtet sich nach Angebot und Nachfrage, nach den Gewinnchancen der betheiligten Personen und zahlreichen anderen Momenten; und es wäre ein unrichtiges und zugleich vergebliches[46]) Bemühen des Gesetzgebers, in das hier obwaltende freie Spiel der Interessen beschränkend einzugreifen. Nur insofern besteht noch eine Beschränkung, als bei Zinsverabredungen von mehr als sechs Prozent jährlich der Schuldner ein unentziehbares Recht hat[47]), nach Ablauf von sechs Monaten seit Eingehung der Verpflichtung das Kapital mit halbjähriger Kündigungsfrist zu kündigen, es sei denn, daß es sich um Schuldverschreibungen auf den Inhaber handelt[48]). § 247 BGB.

Hiernach hat das Gesetz nur noch die Aufgabe, den Zinsfuß in

---

lich nicht, und selbst § 363 BGB. wird nur insofern anwendbar sein, als z. B. die Quittung eine völlige Entlastung des Schuldners bezeugt.

43) Z. B. 5 Prozent jährlich. Die Periode ist Rechnungsperiode. Zahlung ist auch in kürzeren Zeiträumen, z. B. halbjährlich, vierteljährlich zulässig. — Die Römer berechneten die Zinsen monatlich und kamen so zu 12%, was Justinian auf 6% ermäßigte. In Deutschland wurden regelmäßig 5%, unter Kaufleuten 6% als gesetzlicher Zinsfuß gerechnet. S. u. und Bd. I § 85 Note 13.

44) S. o. Bd. I § 85 Ziff. 2a.

45) Vor Allem das ehemalige absolute Zinsmaximum (s. o. Note 43, § 85 Note 13) und die Bestimmung, daß die rückständigen Zinsen in ihrem Gesammtbetrag das Kapital nicht übersteigen durften (vgl. l. 26 § 1 Dig. de cond. ind. 12, 6; l. 10, 27 § 1 Cod. de usur. 4, 32).

46) Zur Umgehung der gesetzlichen Beschränkung würden alle diejenigen Mittel angewendet werden, durch welche in früherer Zeit z. B. das kanonische Zinsverbot umgangen worden ist (Rentenkauf, contractus mohatrae), Vorabzug der Zinsen u. s. w.). Schon das deutsche Bundesgesetz v. 14. Nov. 1867 hatte deshalb die Höhe der bedungenen Zinsen der freien Vereinbarung der Parteien anheimgegeben.

47) Entgegenstehende Bestimmungen sind nichtig. Arg. § 247 BGB. („kann nicht"). Die Vorschrift gilt auch für die Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften. § 2 Abs. 3 des RG. v. 14. Nov. 1867, der das Gegentheil bestimmte, ist ohne Ersatzbestimmung aufgehoben. Art. 39 EG.BGB. hebt das cit. Reichsgesetz ganz auf. Daher auch dessen ehemalige Vorbehalte für das Landesrecht.

48) S. u. §§ 310ff.

schaden oder ein sog. ideeller oder moralischer Schaden (Körper- und Seelenschmerzen aller Art). Generell kommt nur ein Vermögensschaden in Betracht[3]). Dieser stellt sich dar als der Unterschied in dem Vermögen der Person[4]) wie es sein würde ohne das betreffende Ereigniß, und wie es nun in Folge des Ereignisses ist.

II. Von einer Schadensersatzpflicht reden wir, wenn der Beschädigte die Ausgleichung des erlittenen Schadens von einem Anderen verlangen kann. Hierdurch entsteht ein Schuldverhältniß: die sog. Ersatzforderung des Beschädigten. Die Ausgleichung des Schadens kann nur verlangt werden, wenn

1. ein bestimmtes Ereigniß ermittelt ist, welches den Schaden überhaupt hervorrief. Es handelt sich hier um die Frage der Verursachung des Schadens[5]), um die objektive Verkettung der Umstände.

2. Es ist erforderlich, daß das verursachende Ereigniß denjenigen, welcher auf Ausgleichung in Anspruch genommen werden soll, in irgend einer Weise näher angeht: also z. B. seine Handlung ist[6]) oder — als Zufall — ihm entweder durch besondere gesetzliche Bestimmung zur Last gelegt wird[7]) oder ein solches Ereigniß ist, für welches die Schadensausgleichung besonders übernommen wurde[8]). Ohne besondere Gründe verpflichtet das in der Sphäre eines Anderen eingetretene Ereigniß nicht zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens[9]).

III. Die Gründe der Schadensersatzpflicht sind hiernach folgende:

1. Uebernahme einer solchen Verpflichtung durch Rechtsgeschäft[10]). Die Einzelheiten der Ersatzpflicht richten sich hier in erster Linie nach der Parteibestimmung, sodaß dieser Fall kein reines Bild des Ersatzrechtes gewährt. Z. B. im Versicherungsvertrag ist regelmäßig ausbedungen, daß der Werth der untergegangenen oder beschädigten Gegenstände nur im Verhältniß zur Versicherungssumme zu

3) S. o. § 141 gegen Ende.
4) Bd. I § 31.
5) S. darüber oben Bd. I § 108.
6) Wobei als Handlung, wie früher gezeigt, unter Umständen eine Unterlassung in Betracht kommt. Eine Körperverletzung kann durch Schläge, aber auch z. B. durch Unterlassung der Weichenstellung verursacht sein. Nichtbezahlung einer Schuld ist möglicherweise Ursache eines Schadens. Ueber die Unrichtigkeit der Vorstellung, als könne ein Unterlassen im Rechtssinne nicht kausal sein, s. o. Bd. I § 108 Ziff. 4.
7) S. die oben Bd. I § 110 Note 3 ff. citirten Fälle.
8) Wie z. B. bei der Versicherung.
9) Nach dem Satze: casus a nullo praestantur.
10) Außer der Schadenversicherung (o. Note 8) gehören hierher noch besonders die Garantieverträge. S. u. §§ 291 ff., 300.

ersetzen ist[11]). Wir scheiden die bedungene Ersatzpflicht in den folgenden Erörterungen ganz aus.

2. Viel häufiger tritt eine Schadensersatzpflicht *kraft allgemeiner Rechtsregel* ein. Diese knüpft sich unmittelbar an gewisse *Thatbestände*. Hierher gehört vor Allem

a) *Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen.* Die Folgen sind in erster Linie Ersatz des dadurch angerichteten Schadens, und zwar in vollem Umfange[12]). §§ 823 ff. BGB.

b) Die Schadensersatzpflicht *aus anderen Ereignissen*, an welche eine solche kraft Gesetzes für bestimmte Personen geknüpft ist; so[13]) bei der Enteignung, im Bergbetrieb, bei Vorfluth, und in anderen Fällen[14]).

c) Endlich kommt die Schadensersatzpflicht *vor als accessorischer Inhalt eines anderen Schuldverhältnisses* (namentlich aus Verträgen) oder eines dinglichen Anspruchs. Sie entspringt *aus der Nichterfüllung jenes anderen Anspruchs*. Der Ersatz tritt entweder *an Stelle* der geschuldeten Leistung oder *neben diese*. Die Nichterfüllung bestehender Rechtspflichten ist unerlaubt[15]) regelmäßig nur unter Voraussetzung einer besonderen Verschuldung[16]) des Verpflichteten, also auch nur unter dieser Voraussetzung Schadensersatz zu leisten. Der Inhalt der Verpflichtung beschränkt sich meist[17]) darauf, daß ein *gewisses Maß von Sorgfalt* auf die Erfüllung verwendet werde. Deren Außerachtlassung (Vorsatz, Fahrlässigkeit) macht also schadensersatzpflichtig. § 276 BGB.[18]). Es kommt aber auch vor, daß eine *absolute Leistungspflicht* übernommen ist[19]) oder daß das *Gesetz* ausnahmsweise die Verpflichtung des Schuldners in derselben Weise auf *absolute* Bewirkung der Leistung oder auf Haftung bis zur *höheren Gewalt* steigert[20]). Hier steht der Schuldner also für Zu-

11) Aehnlich kann die Garantieübernahme eine *beschränkte* sein.

12) S. u. § 151 und das Detail der Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen (unten §§ 324 ff).

13) S. auch oben Bd. I § 110 Ziff. 1.

14) Ueber den namentlich hier in Betracht kommenden Unterschied des Schadensersatzes von *gesetzlichen Zinsen* s. o. § 149 Ziff. 2 b.

15) Sog. relatives Unrecht. S. o. Bd. I § 107 Ziff. 1 a.

16) Bd. I § 109.

17) Vgl. § 276 Satz 1: „sofern nicht ein anderes bestimmt ist".

18) Welcher *Grad* von Sorgfalt verlangt wird, ist in den einzelnen Verpflichtungsverhältnissen verschieden. S. die Zusammenstellung Bd. I § 109 Ziff. 3 oben.

19) S. darüber schon oben Bd. I § 109 Ziff. 5. Ebenso daß das Maß der zu prästirenden Sorgfalt von den Parteien vertragsmäßig herabgesetzt ist, vorbehaltlich des stets erforderlichen Einstehens für Vorsatz. § 276 Abs. 2.

20) Hier berührt sich der Fall mit dem obigen bei lit. b.

schaden oder ein sog. ideeller oder moralischer Schaden (Körper- und Seelenschmerzen aller Art). Generell kommt nur ein *Vermögensschaden* in Betracht[3]). Dieser stellt sich dar als der Unterschied in dem Vermögen der Person[4]) wie es *sein würde* ohne das betreffende Ereigniß, und wie es *nun* in Folge des Ereignisses ist.

II. Von einer *Schadensersatzpflicht* reden wir, wenn der Beschädigte die *Ausgleichung des erlittenen Schadens von einem Anderen verlangen kann*. Hierdurch entsteht ein Schuldverhältniß: die sog. Ersatzforderung des Beschädigten. Die Ausgleichung des Schadens kann nur verlangt werden, wenn

1. ein *bestimmtes Ereigniß* ermittelt ist, welches den Schaden überhaupt hervorrief. Es handelt sich hier um die Frage der *Verursachung* des Schadens[5]), um die objektive Verkettung der Umstände.

2. Es ist erforderlich, daß das verursachende Ereigniß denjenigen, welcher auf Ausgleichung in Anspruch genommen werden soll, in irgend einer Weise *näher angeht*: also z. B. seine Handlung ist[6]) oder — als Zufall — ihm entweder durch besondere gesetzliche Bestimmung zur Last gelegt wird[7]) oder ein solches Ereigniß ist, für welches die Schadensausgleichung besonders übernommen wurde[8]). Ohne besondere Gründe verpflichtet das in der Sphäre eines Anderen eingetretene Ereigniß nicht zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens[9]).

III. Die *Gründe* der Schadensersatzpflicht sind hiernach folgende:

1. *Uebernahme einer solchen Verpflichtung durch Rechtsgeschäft*[10]). Die Einzelheiten der Ersatzpflicht richten sich hier in erster Linie nach der *Parteibestimmung*, sodaß dieser Fall kein reines Bild des Ersatzrechtes gewährt. Z. B. im Versicherungsvertrag ist regelmäßig ausbedungen, daß der Werth der untergegangenen oder beschädigten Gegenstände nur im Verhältniß zur Versicherungssumme zu

3) S. o. § 141 gegen Ende.
4) Bd. I § 31.
5) S. darüber oben Bd. I § 108.
6) Wobei als Handlung, wie früher gezeigt, unter Umständen eine Unterlassung in Betracht kommt. Eine Körperverletzung kann durch Schläge, aber auch z. B. durch Unterlassung der Weichenstellung verursacht sein. Nichtbezahlung einer Schuld ist möglicherweise Ursache eines Schadens. Ueber die Unrichtigkeit der Vorstellung, als könne ein Unterlassen im Rechtssinne nicht kausal sein, s. o. Bd. I § 108 Ziff. 4.
7) S. die oben Bd. I § 110 Note 3 ff. citirten Fälle.
8) Wie z. B. bei der Versicherung.
9) Nach dem Satze: casus a nullo praestantur.
10) Außer der *Schadenversicherung* (o. Note 8) gehören hierher noch besonders die *Garantieverträge*. S. u. §§ 291 ff., 300.

leistung. § 251 Abs. 1. Und dem Ersatzpflichtigen wird nachgelassen, den Gläubiger in Geld zu entschädigen, wenn die Naturalherstellung für ihn mit unverhältnißmäßigen Kosten und Aufwendungen verbunden wäre. Abs. 2[5]).

1. Uebrigens ist unter Naturalherstellung nur eine solche zu verstehen, welche Aussicht auf dauernden Bestand gewährt[6]).

2. Sodann ist auch der Gläubiger nicht unbedingt auf das Verlangen der Herstellung verwiesen, wo letztere an sich stattfinden kann[7]). Auch seine Interessen sind in dieser Hinsicht zu berücksichtigen. Vor Allem braucht er auf die Herstellung nicht unbegrenzt zu warten, insbesondere den Schuldner nicht ihretwegen in Verzug zu setzen, sondern er kann nach Ablauf gewisser Zeit von sich aus vom Herstellungsanspruch auf das Verlangen der Geldentschädigung übergehen. Dies geschieht durch eine Fristsetzung. Der Gläubiger hat das Recht, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Herstellung zu bestimmen, mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Herstellung ablehne. Erfolgt dann die Herstellung nicht rechtzeitig, so kann der Gläubiger nach Ablauf der Frist den Ersatz in Geld verlangen; der Anspruch auf Herstellung ist ausgeschlossen. § 250. Die Erklärung des Gläubigers hat also auch für ihn selbst bindende Kraft: sie ist einseitiges (empfangsbedürftiges), aber für beide Parteien gleichmäßig wirkendes Rechtsgeschäft. Die Fristsetzung resp. das fruchtlose Verstreichenlassen der Frist von Seiten des Gegners bestimmt endgültig über die weiteren Rechte der Parteien[8]).

---

5) Hierdurch entsteht für den Ersatzschuldner eine sog. facultas alternativa. S. u. § 153 Ziff. 2. Z. B. die Ersatzpflicht gründet sich auf einen Konstruktionsfehler beim Bau eines Hauses. Der Gläubiger kann nicht den Abbruch des Hauses verlangen, um den Fehler zu beseitigen. Der Ersatz kann in Geld geleistet werden.

6) Sonst ist sie nicht ausreichend. S. o. Note 4.

7) Das Bestehen darauf brächte dem Gläubiger mehr Weiterungen als Gewinn. Er müßte auf die Wiederherstellung klagen und entweder die Naturalexekution versuchen oder nach § 283 BGB. verfahren, wodurch er doch nur wieder Geld erhielte. S. darüber unten § 159 Ziff. II.

8) Das Recht der Fristsetzung an den Gegner mit Präklusivwirkung kommt im Gesetz sehr häufig vor; es ist am vorliegenden einfachsten Fall gewissermaßen paradigmatisch zu entwickeln. Vgl. ausführlich Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Heft: Fristbestimmung (1901). Doch ist den Ergebnissen der förderlichen Schrift nicht in allen Theilen zuzustimmen. — Statt zu der im Text besprochenen „Herstellung" wird die Frist

a) häufig zur Bewirkung einer anderen Leistung gesetzt (z. B. in den Fällen §§ 283, 326, 354, 542, 634, 643, 910, 1133, 1220, 2193 Abs. 2 BGB.) mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist entweder die in Rede stehende Leistung abgelehnt oder das Vertragsverhältniß der Parteien gekündigt werde (so in § 643 BGB.) u. s. w.

fall ein; und weil dies möglich ist, stellt das Gesetz die Haftung des Schuldners für gehörige Erfüllung gar nicht mehr auf den Gegensatz „Verschulden und Zufall" ab, sondern spricht von Umständen, welche der Schuldner nach Inhalt des Schuldverhältnisses zu vertreten hat. Soweit solche Umstände nicht vorliegen, wird der Schuldner auch bei Nichterfüllung seiner Verpflichtung frei; andernfalls hat er Ersatz zu leisten. §§ 275, 280 BGB.

§ 151.

2. Arten und Umfang des Schadensersatzes.

Die Schadensausgleichung kann in verschiedener Weise geschehen; sie ist bald mehr bald weniger vollkommen. Die vollkommenste Entschädigung besteht in der Wiederherstellung des früheren Zustands: genauer in der Herstellung des Zustands, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. § 249 S. 1 BGB. Die Ersatzleistung geschieht also vorzugsweise in natura; nicht mehr[1]) sofort durch Ausgleichung in Geld. Vielmehr ist Geldersatz das weniger vollkommene Mittel der Entschädigung, welches nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch prinzipiell erst an zweiter Stelle steht[2]). Denn in einer Geldsumme hat der Berechtigte nicht immer ein gleichwerthiges Objekt für das ihm gestörte oder entzogene Gut.

I. Die Naturalherstellung als Ausgleichsmittel kann bei aller Art Schäden vorkommen: bei Vermögens- und ideellen oder moralischen Schäden[3]). Doch ist sie häufig nicht möglich oder nicht ausreichend[4]). In diesem Fall geht die Ersatzpflicht sofort auf eine Geld-

---

1) Im röm. Recht geschah der Schadensersatz vorzugsweise in Geld (s. jedoch bereits Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 112), im preuß. (ALR. I Tit. 6 § 79) u. französ. Recht (Crome, Grundlehren der fr. ObligR. § 10 Note 4) ging die Verpflichtung wenn möglich schon zunächst auf Wiederherstellung.

2) Ausnahmsweise besteht ein Wahlrecht. S. u. Ziff. II.

3) Z. B. für eine zerstörte oder entzogene Sache kann eine andere geliefert werden, es sei denn, daß es auf das betreffende Individuum ankommt. Die beschädigte Sache kann unter Umständen reparirt, der körperlich Verletzte vom Urheber der Verletzung geheilt resp. in einer Heilanstalt untergebracht und verpflegt, und dadurch der Schaden beseitigt werden. Der in seinem Fortkommen Geschädigte kann vom Urheber der Beschädigung anderweitig untergebracht oder empfohlen werden u. dgl.

4) Rechtlich oder thatsächlich; ganz oder zum Theil! Die Frage ist aus dem betreffenden Verhältniß zu beurtheilen unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung. Ob die Reparatur einer beschädigten Sache dem Berechtigten als ausreichende Ersatzleistung zuzumuthen sei, s. u. Note 16.

leistung. § 251 Abs. 1. Und dem Ersatzpflichtigen wird nachgelassen, den Gläubiger in Geld zu entschädigen, wenn die Naturalherstellung für ihn mit unverhältnißmäßigen Kosten und Aufwendungen verbunden wäre. Abs. 2[5]).

1. Uebrigens ist unter Naturalherstellung nur eine solche zu verstehen, welche Aussicht auf dauernden Bestand gewährt[6]).

2. Sodann ist auch der Gläubiger nicht unbedingt auf das Verlangen der Herstellung verwiesen, wo letztere an sich stattfinden kann[7]). Auch seine Interessen sind in dieser Hinsicht zu berücksichtigen. Vor Allem braucht er auf die Herstellung nicht unbegrenzt zu warten, insbesondere den Schuldner nicht ihretwegen in Verzug zu setzen, sondern er kann nach Ablauf gewisser Zeit von sich aus vom Herstellungsanspruch auf das Verlangen der Geldentschädigung übergehen. Dies geschieht durch eine Fristsetzung. Der Gläubiger hat das Recht, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Herstellung zu bestimmen, mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Herstellung ablehne. Erfolgt dann die Herstellung nicht rechtzeitig, so kann der Gläubiger nach Ablauf der Frist den Ersatz in Geld verlangen; der Anspruch auf Herstellung ist ausgeschlossen. § 250. Die Erklärung des Gläubigers hat also auch für ihn selbst bindende Kraft: sie ist einseitiges (empfangsbedürftiges), aber für beide Parteien gleichmäßig wirkendes Rechtsgeschäft. Die Fristsetzung resp. das fruchtlose Verstreichenlassen der Frist von Seiten des Gegners bestimmt endgültig über die weiteren Rechte der Parteien[8]).

---

5) Hierdurch entsteht für den Ersatzschuldner eine sog. facultas alternativa. S. u. § 153 Ziff. 2. Z. B. die Ersatzpflicht gründet sich auf einen Konstruktionsfehler beim Bau eines Hauses. Der Gläubiger kann nicht den Abbruch des Hauses verlangen, um den Fehler zu beseitigen. Der Ersatz kann in Geld geleistet werden.

6) Sonst ist sie nicht ausreichend. S. o. Note 4.

7) Das Bestehen darauf brächte dem Gläubiger mehr Weiterungen als Gewinn. Er müßte auf die Wiederherstellung klagen und entweder die Naturalexekution versuchen oder nach § 283 BGB. verfahren, wodurch er doch nur wieder Geld erhielte. S. darüber unten § 159 Ziff. II.

8) Das Recht der Fristsetzung an den Gegner mit Präklusivwirkung kommt im Gesetz sehr häufig vor; es ist am vorliegenden einfachsten Fall gewissermaßen paradigmatisch zu entwickeln. Vgl. ausführlich Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Heft: Fristbestimmung (1901). Doch ist den Ergebnissen der förderlichen Schrift nicht in allen Theilen zuzustimmen. — Statt zu der im Text besprochenen „Herstellung" wird die Frist

a) häufig zur Bewirkung einer anderen Leistung gesetzt (z. B. in den Fällen §§ 283, 326, 354, 542, 634, 643, 910, 1133, 1220, 2193 Abs. 2 BGB.) mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist entweder die in Rede stehende Leistung abgelehnt oder das Vertragsverhältniß der Parteien gekündigt werde (so in § 643 BGB.) u. s. w.

Mit Rücksicht hierauf ist das Detail der Fristbestimmung von besonderer Wichtigkeit (denn davon hängt die beabsichtigte Wirkung ab).

a) Die Frist muß angemessen sein. Ob sie dies ist, beurtheilt sich nach den Umständen des Einzelfalls mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. In der Regel wird der Erklärende selbst die Zeit bezeichnen, innerhalb deren er die Leistung des Gegners erwartet. Ist die gesetzte Zeit zu kurz (unangemessen), so hat die Fristsetzung die beabsichtigte Präklusivkraft nicht: denn innerhalb der Frist braucht der Gegner zur Vermeidung der Folge nicht zu leisten; und die gesetzte Frist ohne Weiteres auf einen ihm geeignet scheinenden Zeitraum zu verlängern und in diesem zu leisten, kann dem Gegner nicht zugemuthet werden, da er nicht wissen kann, welche Gründe den Erklärenden zur Setzung der kürzeren Frist bestimmten und ob diese Gründe nicht durchschlagend sind. Dagegen kann der Erklärende seinerseits, ohne genauere Benennung, einfach eine „angemessene Frist" setzen, womit er sagt, daß von seiner Seite derartige außergewöhnliche Momente, die auf die Fristdauer Einfluß haben, nicht vorhanden sind[9]). In diesem Falle kann der Gegner die Sachlage selbst beurtheilen; im Streitfall entscheidet das Gericht nach objektiver Würdigung des Falles, ob die Leistung noch binnen angemessener Zeit (rechtzeitig) erfolgte.

b) Die Erklärung des Gläubigers gibt bis zum Ablauf der Frist dem Gegner ein Recht auf Herstellung resp. die dem Inhalt des Schuldverhältnisses entsprechende Leistung, soweit sie der Gläubiger nicht aus anderen Gründen ablehnen kann, z. B. mit dem Nachweis, daß die Herstellung für ihn interesselos geworden sei.

c) Der Fristsetzung bedarf es nicht, wenn die Herstellung in Natur für den Gläubiger kein Interesse mehr hat[10]). Er kann dann den

b) Oder die Frist wird nicht zu einer Leistung, sondern zur Vornahme einer Erklärung des Gegners gesetzt (so in §§ 264 Abs. 2, 355, 415, 466, 496, 516, 974, 1003, 1056 Abs. 3, 1347, 2307 BGB.) mit der Folge, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist das Erklärungsrecht des Gegners erlischt oder die Erklärung als in einem bestimmten Sinne erfolgt angenommen wird ꝛc.

Wie man sieht, handelt es sich um ein Institut, dessen Bedeutung weit über das Recht der Schuldverhältnisse hinausgeht. Doch ist eine abstrakte Darstellung unthunlich. Wir behandeln es im Anschluß an die einzelnen Fälle.

9) Wer einfach eine „angemessene Frist" setzt, überläßt schon selbst die Entscheidung über die zweckmäßige Dauer dem arbitrium des Richters. — Die hier gegebene Lösung entspricht dem Art. 356 des alten HGB. Im Wesentlichen stimmen ihr zu Planck § 250 Note 2, Schollmeyer eod. Note 5, Oertmann eod. Note 3, Enneccerus § 162 Ziff. II. A. M. Cosack § 91 Note 12, § 105 zu Note 25, Dernburg § 33 Ziff. 4, Titze, Unmöglichkeit S. 147, Romeick S. 34 ff. Die Gründe der Praktikabilität des Rechts für letztere Meinung sind nur scheinbare.

10) Dies folgt ohne Weiteres aus dem Begriff des Schadenserſatzes (ſ. o.)

Schadensersatz sofort in Geld verlangen. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner bereits erklärt hat, in natura nicht leisten zu wollen. S. o. Note 8.

Umgekehrt kann der Gläubiger, wenn er dem Gegner eine Frist gesetzt hatte und diese verstrichen ist, ohne Nachweis, daß die Nachholung für ihn kein Interesse mehr habe, den Gelderſatz fordern; denn das Recht zur Nachholung ist durch den Fristablauf überhaupt beseitigt.

d) War die Verletzung des Schuldverhältnisses nur eine theilweise — sei es in quantitativer oder in qualitativer Hinsicht —, so kann die Frist auch wegen der in concreto vorliegenden theilweisen Zuwiderhandlung mit der Erklärung bestimmt werden, daß mangels Nachholung des Fehlenden innerhalb der Frist die ganze Leistung, also auch der bereits empfangene Theil abgelehnt werde. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann dann der Gläubiger gegen Rückerstattung des Empfangenen (gemäß §§ 346 ff. BGB.) sein Ersatzrecht in Geld wegen Zuwiderhandlung gegen den ganzen Inhalt des Schuldverhältnisses verfolgen. Arg. §§ 280 Abs. 2, 283 Abs. 2, 326 Abs. 1 i. f. ꝛc. Kann der Gläubiger nachweisen, daß das Geleistete so wie es vorliegt, ohne Interesse für ihn ist, so hat er dasselbe Recht auch ohne Fristsetzung (lit. c).

e) Verschieden hiervon ist der Fall, wenn der Schuldner binnen der ihm gesetzten Frist die Herstellung nur theilweise bewirkt. Hier kann der Gläubiger

α. das Empfangene behalten und für den Rest Schadensersatz in Geld verlangen;

β. er kann aber auch das Geleistete, selbst wenn er es angenommen hat, mit Bezug auf die mangelnde Vollständigkeit ablehnen und Schadensersatz in Geld wegen totaler Nichterfüllung verlangen, wenn er den Nachweis führt, daß das Geleistete, so wie es vorliegt, kein Interesse für ihn hat. Hinsichtlich der Rückgabepflicht des Empfangenen gelten die Grundsätze lit. d. Auch hier ist die mangelnde Vollständigkeit nicht blos quantitativ, sondern auch qualitativ zu verstehen.

γ. Endlich kann der Gläubiger, um dem Nachweis der Interesselosigkeit des Geleisteten zu entgehen, dem Schuldner für die Bewir-

---

und der Fristsetzung, die hier eben mit angemessener Zeitspanne unmöglich ist. S. auch oben Note 4. In anderen Fällen der Fristbestimmung (z. B. § 326 i. f. BGB.) ist es ausdrücklich gesagt. — Der Gläubiger hat seine Interesselosigkeit an der Naturalherstellung, und im folgenden Textfall die Weigerung des Schuldners zur Naturalherstellung zu beweisen, soweit er nicht ausnahmsweise ein Wahlrecht zwischen Naturalherstellung und Geldentschädigung hat (s. u. bei Note 14 ff.).

kung des Restes eine neue Frist setzen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die ganze Herstellung (einschließlich des schon Geleisteten) ablehnen werde. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist hat dann der Gläubiger die Rechte von lit. d.

f) Die Fristsetzung verträgt nicht die Zufügung einer Bedingung. Doch kann der Gläubiger, wenn er seinen Anspruch auf Schadensersatz im Wege der Klage verfolgt, zunächst sein primäres Recht (auf Herstellung) einklagen und daneben die Fristsetzung in der Weise verlangen, daß sie dem Schuldner im Urtheil bestimmt wird. Arg. § 255 Abs. 1 CPO.[11]).

g) Ist streitig, ob die Herstellung ordnungsmäßig vor Ablauf der Frist erfolgt sei, so hat der Gläubiger Fristsetzung und Ablauf der Frist, der Schuldner die innerhalb dieser Zeit erfolgte Bewirkung des ihm Obliegenden zu beweisen.

3. Der Gelderſatz ist Ausgleichung des vom Beschädigten erlittenen Nachtheils durch Geldzahlung. Weil der Beschädigte nicht das erhält, was er erhalten soll, wird ihm auf andere Weise in seinem Vermögen etwas zugesetzt. Nach § 253 BGB. soll der Gelderſatz regelmäßig nur bei Vermögensschäden eintreten. Immerhin gibt es Ausnahmen (z. B. §§ 847, 1300 BGB.), in denen eine sog. „billige Entschädigung" zugelassen wird[12]).

Soweit Gelderſatz zulässig ist[13]), tritt er nach Ziff. 2 regelmäßig erst hinter ausreichender (resp. dem Schuldner zuzumuthender) Naturalherstellung ein (§ 251). Ausnahmsweise kann aber der Gläubiger sofort auf Geldentschädigung dringen, nämlich wenn es sich um die Verletzung von Personen oder um Sachbeschädigung handelt. § 249 Satz 2. Hier braucht der Verletzte die beschädigte Person oder Sache nicht einem Versuch des Schuldners auszusetzen, sie in natura wieder-

11) Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall ist aber geradeso streitig wie die Frage, wann die im Urtheil bestimmte Frist zu laufen beginnt (ob mit der Rechtskraft oder schon mit Verkündung des Urtheils). Vgl. hierzu die Kommentare zur Civilprozeßordnung, ferner Planck zu § 250 BGB. Note 5, Romeick S. 103 ff.

12) S. o. § 141 gegen Ende. Eine vollständige Ausgleichung erscheint hier wegen Inkongruenz von Geld mit der Art der Verletzung ausgeschlossen. Der Fall ist hier nicht weiter zu berühren.

13) Auch bei Ersatz von Vermögensschäden ist nach dem Obigen nur das pekuniäre Element in Anschlag zu bringen. Die Berücksichtigung des sog. Affektionsinteresses wird vom Gesetz im Anschluß an das römische (vgl. l. 33 pr. Dig. ad. l. Aquil. 9, 2) und im Gegensatz zum preuß. Recht (A.L.R. I Tit. 6 §§ 87, 96 ff., Tit. 11 § 880) abgelehnt. A. M. Dernburg § 33 i. f. Indessen das richterliche Ermessen darf nicht weiter gehen, als das Gesetz einen ersatzfähigen Schaden anerkennt. — Anders liegt der u. Note 16 i. f. besprochene Fall.

herzustellen, sondern kann den dazu[14]) erforderlichen Geldbetrag verlangen. Der Gläubiger hat also hier einen wahlweisen Anspruch[15]). Immerhin steht die Vorschrift des § 249 unter der allgemeinen Regel von Treu und Glauben. Der Gläubiger wird daher die Annahme der Herstellung dann nicht verweigern dürfen, wenn es sich bei der letzteren nicht um einen (möglicherweise fehlschlagenden) Versuch, sondern um eine nach jeder Richtung hin befriedigende Wiederherstellung handelt[16]).

II. Besondere Schwierigkeiten macht die richtige Bemessung des Vermögensersatzes.

1. Der zu ersetzende Schaden ist der Nachtheil gerade dieser durch das schädigende Ereigniß betroffenen Person. Von deren Standpunkt aus ist zu beurtheilen, ob überhaupt ein Schaden vorliegt, und dessen Umfang. Die Schadensberechnung erfolgt also durchaus nach individuellem Maßstab: unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Geschädigten. Wir bezeichnen den zu ersetzenden Schaden daher als Interesse. Dem Gläubiger ist sein persönliches (in Geld geschätztes) Interesse an der Nichtbeschädigung zu erstatten[17]). Wo einfach von Schadensersatz die Rede ist, ist regelmäßig dieses Interesse gemeint (z. B. in §§ 249, 251 BGB.)[18]). Denkbar wäre auch eine andere Schätzung, nämlich nach allgemeinem für Jedermann zutreffenden Maßstabe. Dies wäre der Nachtheil, den das schadenstiftende Ereigniß unter gewöhnlichen Verhältnissen für Jeden mit sich bringen würde. Diese Schadensberechnung führt bei Entziehung oder Beschädigung von Gegenständen regelmäßig auf den gewöhnlichen

14) Bei Vornahme durch ihn selbst (natürlich unter der Voraussetzung ordnungsmäßiger Vornahme). Aber oft sind die Kosten des Verletzten größer als die vom Verletzer aufzuwendenden, z. B. weil dieser Fachmann ist.

15) S. über die Wahlschuld unten § 158. Die Wahl wird durch Erklärung im Sinne des § 263 BGB. ausgeübt.

16) S. o. § 142 besonders gegen Ende und die Ausführungen Bd. I § 86 über die exceptio doli für den Fall, daß der Gläubiger nach vollständig gelungener Naturalherstellung noch den Gelderſatzanspruch erheben wollte. Z. B. der Buchbinder liefert zum Ersatz für das beschädigte ein anderes gleichwerthiges Exemplar des Buchs. — Anders wenn die beschädigte Sache für den Gläubiger ein besonderes Interesse (auch nur einen Affektionswerth) hat. Denn diesem steht hier der § 249 BGB. und nicht minder auch Treu und Glauben ꝛc. zur Seite.

17) Schon die Römer sagten, er erhält das omne quod interest eius rem habere u. dgl. Vgl. z. B. l. 1 pr. Dig. de A. E. et V. 19, 1. Z. B. wird mir widerrechtlich mein Haus zerstört oder entzogen, so besteht mein Interesse nicht blos im objektiven Werth des Hauses, sondern darin, was ich aufwenden muß, um unter den gegebenen Verhältnissen eine andere Wohnung zu erhalten.

18) Jedoch ohne Berücksichtigung eines bloßen Affektionsinteresses. S. § 253 BGB. und oben Note 13.

Kaufwerth des Gegenstandes. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht hier von Wertherſatz[19]) im Gegensatze zur Entschädigung. Z. B. in §§ 346, 593 Abs. 2, 818 Abs. 2, 915, 1039 Abs. 1, 1067, 1477 Abs. 2, (1546 Abs. 2, 1549), 1502[20]). Als Schadensersatz wird der Ersatz des gemeinen Werthes ausnahmsweise für genügend erklärt in §§ 430, 611 HGB. bei Fracht-[21]) und nach dem Postgesetz bei Postsendungen[22]).

Als ersatzfähiges Vermögensinteresse kann übrigens nur ein von der Rechtsordnung im Allgemeinen anerkanntes Interesse in Betracht kommen; denn das Gesetz kann nicht im Wege des Ersatzes zusprechen, was es sonst mißbilligt[23]). Im Uebrigen ist das Interesse

a) entweder ein sog. positives Erfüllungs- oder negatives Interesse, je nachdem der Schaden aus der Nichterfüllung einer bestehenden Verpflichtung oder aus dem Nichtzustandekommen einer solchen hergeleitet wird. Von diesem Schaden ist also nur im Anschluß an Geschäftsabschlüsse die Rede[24]). Ist das Geschäft zu Stande gekommen aber nicht ordnungsmäßig erfüllt, dann verlangt der Geschädigte (positiv) Alles, was er in seinem Vermögen haben würde, wenn das aus dem Geschäft Geschuldete richtig geleistet worden wäre. (Man spricht auch vom Erfüllungsinteresse.) Ist das Geschäft nicht zu Stande gekommen, so kann ein Schadensersatzanspruch nur darauf gegründet werden, daß die eine Partei nach dem Verhalten der anderen auf das Zustandekommen des Geschäfts vertrauen durfte und in diesem Vertrauen getäuscht worden ist (negatives Geschäftsinteresse). Dasselbe wird[25]) vom Gesetz nur in besonderen

---

19) Die Römer reden von dem Ersatz der vera rei aestimatio. Vgl. l. 193 Dig. de V. S. 50, 16. Man redet bei uns auch vom gemeinen Werth.

20) Aehnlich ist in §§ 1973 Abs. 2, 1992 i. f., 2170 Abs. 2 von Abwendung eines Anspruchs auf bestimmte Gegenstände durch Zahlung ihres Werthes u. dgl. die Rede. Ueber den gemeinen Werth im Sinn der preuß. Steuergesetze s. noch Fuisting in d. deutschen Juristenzeitung 1899 S. 26.

21) Für gänzlich oder theilweise verlorenes Frachtgut. Hier wird der gemeine Handelswerth des Frachtguts zu Grunde gelegt.

22) Vorbehaltlich der etwa hier stattgefundenen Deklaration, in welchem Fall die Post den geringeren gemeinen Werth der Sendung nachzuweisen hat. § 8 RPostG. v. 28. Okt. 1871.

23) In dieser Hinsicht kommen die allgemeinen Grundsätze Bd. I §§ 79 u. 85 auch hier in Betracht. Z. B. der Bordellgewinn aus dem vorenthaltenen Hause kann nicht als Schadensersatz in Rechnung gestellt werden. Vgl. Dernburg § 24 Note 14. Entsch. d. RG. bei Seuff. Bd. 46 S. 279.

24) Nicht nothwendig an einem gültigen Geschäftsabschluß. Denn das negative Geschäftsinteresse setzt gerade das Nichtzustandekommen des Geschäftes voraus.

25) Falls nicht der Thatbestand eines Delikts (Betrug ꝛc.) vorliegt, in welchem Falle einfach die Deliktsgrundsätze Anwendung finden.

Fällen zugesprochen[26]). Vgl. §§ 122, 179, 307 (309) BGB.[27]). Der Schadensersatz begreift hier dasjenige, was der Geschädigte durch sein getäuschtes Vertrauen auf das Zustandekommen des Geschäftes verlor[28]).

b) Das Interesse ist entweder effektiver Schaden oder entgangener Gewinn. Ersterer begreift dasjenige, was dem Beschädigten aus seinem Vermögen durch das schädigende Ereigniß wirklich entzogen worden ist, — letzterer auch das, was dem Vermögen des Verletzten ohne dieses Ereigniß zugeflossen wäre. § 252 BGB. Die Ersatzberechnung ist in beiden Fällen nicht gleich, trotz des an sich immer gleichen Prinzips der Verursachung. Allerdings kann hiernach nie Ersatz eines Nachtheils verlangt werden, für den das fragliche Ereigniß nicht eine erkennbar (objektiv) geeignete Bedingung war[29]). Wir sahen aber auch schon, daß das Gesetz gerade für den Umfang der Schadensersatzpflicht eine positive Grenze aufstellt und zwar im Anschluß an die beiden Arten der Schadenszufügung[30]). Dies geschieht, um einer allzu laxen Auffassung des Schadensbegriffs entgegenzutreten. Hiernach wird als entgangener Gewinn nur derjenige angesehen, den der Beschädigte mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte: sei es nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge[31]) oder den getroffenen besonderen Anstalten und Vorkehrungen[32]). Als effektiver Schaden wird nur derjenige Nachtheil anerkannt, den der Beschädigte sich nicht durch konkurrirendes „eigenes Verschulden" selbst zuzu-

---

26) Im Interesse des gutgläubigen Verkehrs. — Ueber zwei der wichtigsten Fälle des negativen Geschäftsinteresses s. schon oben Bd. I §§ 92 Ziff. 3 u. 106 gegen Ende.

27) Bald wird ein Verschulden des Gegners des Getäuschten vorausgesetzt (culpa in contrahendo), bald nicht (reine Haftung für das neg. Interesse).

28) Vor Allem Unkosten, Auslagen u. dgl. Aber auch den durch das Versäumen einer anderen ähnlichen Geschäftsgelegenheit entstandenen Schaden: z. B. wenn der Gegenstand jetzt nicht mehr oder nur noch zu erhöhtem Preise zu haben ist.

29) S. o. Bd. I § 108, besonders auch zu Note 13 u. 14.

30) S. a. a. O. Ziff. 3 lit. a u. b.

31) Was der gewöhnliche Lauf ist, kann unter Umständen zweifelhaft sein, z. B. bei Entziehung einer an sich kündbaren Stellung. Die Kündbarkeit wird, falls zur Zeit kein Anlaß zur Kündigung vorlag, regelmäßig nicht in Betracht gezogen; umgekehrt auch kein eventuelles Aufrücken in der Dienststellung, falls sie nicht nach Art der Anstellung im Lauf der Zeit schematisch erfolgt. Vgl. Entsch. d. RG. in Seuff. Archiv Bd. 49 S. 416, Bd. 46 S. 305.

32) Gleichgültig ob diese besonderen Vorkehrungen von dem Beschädigten ausnahmsweise oder seiner gewöhnlichen Betriebsamkeit entsprechend getroffen waren. — Wo keine besonderen „Vorkehrungen" als thatsächliche Maßnahmen möglich sind, genügt die Feststellung der vorhandenen Absicht einer Maßnahme: z. B. Absicht des Verkaufs von Werthpapieren.

dies nicht gestattet: es würde die Sicherheit des Verkehrs vollkommen untergraben. Denn welches Geschäft geht nicht noch einen Dritten an? Die obigen Grundsätze über den ersatzfähigen Schaden sind auch hier anzuwenden [49]). Danach ist

a) das Interesse des Dritten, auf dessen Rechnung das Geschäft geht [50]), nur dann zu Grunde zu legen, wenn der Schuldner beim Geschäftsabschluß genügende Kenntniß davon hatte oder haben mußte, daß das Geschäft den Dritten angehe: daß der Handel vorzugsweise in dessen Interesse abgeschlossen sei. Hier hat der Schuldner das Interesse des Dritten zu ersetzen, weil es zum maßgebenden Bestandtheil der Verpflichtung erhoben worden ist [51]).

b) Fehlt diese Kenntniß oder dieses Kennenmüssen, so haftet der vertragsbrüchige Schuldner wenigstens insoweit, als er überhaupt einmal Schadensersatz zu leisten hat. Er kann sich nicht auf Grund des mangelnden eigenen Interesses des Gläubigers jeder Verpflichtung entziehen [52]). Daraus folgt: der Schuldner haftet hier nicht schlechthin auf das Interesse des Dritten, von dessen Betheiligung er nichts weiß; aber er haftet ihm nach Anleitung der §§ 252, 254 BGB. auf den nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge eintretenden Schaden (wie er allgemein aus der fraglichen Handlung entstehen würde) [53]).

---

49) Vgl. über diese schwierige Frage namentlich Zimmermann im neuen Archiv f. Handelsrecht Bd. 1 S. 48—82; Windscheid, Pand. II § 258 Ziff. 3 (der aber zu weit geht); Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 300 bis 311; v. Thur in Grünhut's Ztschr. Bd. 25 S. 529—581; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 82—92; Regelsberger in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 41 S. 251—288 (unter Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten). S. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 11 S. 259, Bd. 14 S. 400, Bd. 17 S. 78, Bd. 22 S. 258 u. d. RG. Bd. 27 S. 125, Bd. 40 S. 174 u. 189 ff. u. aus dem röm. Recht l. 14 Dig. si quis caut. 2, 11; l. 28 Dig. de negot. gest. 3, 5; l. 8 § 3 Dig. mandati 17, 1; l. 81 § 1 Dig. de V. O. 45, 1.

50) Natürlich in den Schranken (o. Ziff. 1), in denen überhaupt ein Schaden ersetzt wird.

51) Die betreffende Klausel ergibt sich nicht selten ohne Weiteres als gewollt aus den Umständen des Falles. S. o. Bd. I § 86 u. die Beispiele bei Crome a. a. O. S. 302. Titze, Unmöglichkeit S. 139 Note 28 bezeichnet dies als zu eng. Das von ihm gebrachte Gegenbeispiel ist abwegig.

52) Dies folgt aus dem Begriff des Schuldverhältnisses, das aufhören würde ein rechtliches Verhältniß (iuris vinculum) zu sein, wenn der Schuldner sich haftlos jeder Verpflichtung entziehen könnte. Es folgt nicht minder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr, unter welchem das ganze Schuldrecht steht. S. § 242 BGB. Vgl. Crome a. a. O. S. 303 ff.

53) Beim Wertherſatz von Sachen ist dies vielfach nur der gewöhnliche Kaufwerth der Sache. Darüber hinaus kann man hier nicht gehen. — Vielfach ist der Schaden des Dritten auch der eigene Schaden des Gläubigers: dann nämlich, wenn dieser dem Dritten zufolge des unter ihnen bestehenden besonderen

4. Unter Schaden verstehen wir das Nettoergebniß des schädigenden Ereignisses: also abzüglich eines etwaigen daraus entspringenden Gewinnes. Wo sowohl Vortheile als Nachtheile auf jenes Ereigniß zurückzuführen sind, sind die Vortheile auf den ersatzpflichtigen Nachtheil anzurechnen.

Dies bedarf keiner Rechtfertigung.

Sehr schwierig dagegen ist die Beantwortung der Frage, wann man sagen kann, daß in concreto ein vorhandener Vortheil in dieser Weise mit dem schädigenden Ereigniß zusammenhänge[54]). Nur die Verursachungslehre[55]) kann hierauf befriedigende Antwort geben. Wie der ersatzpflichtige Schaden danach überhaupt auf dem vom Schuldner gesetzten und zu vertretenden Ereigniß beruhen muß, so muß es auch der abzugsfähige Vortheil[56]).

a) Hiernach ist die Bestimmung des letzteren verhältnißmäßig einfach, wenn der Vortheil auf demselben Ereignisse beruht, das auch den Nachtheil herbeigeführt hat. Hier ist unter Vergleichung

---

Rechtsverhältnisses ersatzpflichtig ist. Aber auch dann kann er nicht das gesammte Interesse des Dritten einfordern, weil § 254 Abs. 2 BGB. dem entgegensteht. S. o. zu N. 38. Zustimmend Regelsberger a. a. O. S. 273 (Detail: S. 274, 279 ff.), Hellwig a. a. O. S. 85. In anderen Fällen ist das Verhältniß des Gläubigers zum Dritten dahin zu verstehen, daß ersterer den Schadensersatz für Rechnung des Dritten beizutreiben und diesem alsdann herauszugeben hat.

54) Darüber sind zahlreiche Ansichten aufgestellt. Die herrschende Meinung war, daß eine und dieselbe Thatsache den Vortheil und den Nachtheil hervorgebracht haben müsse. Dies ist aber unzweifelhaft zu eng und in der Judikatur nicht festgehalten. Diese weitete den Begriff der Einheit des Thatbestandes gelegentlich so aus, daß er in allen Fugen krachte. S. z. B. Entsch. d. ROHG. Bd. 22 S. 184 („derselbe Umstand" dürfe nicht zu eng gefaßt, Zusammenhängendes nicht zerrissen werden) u. d. RG. Bd. 15 S. 73 (zwar wäre der nichtsäumige Käufer nicht zum Abschluß der Deckungskäufe verpflichtet und würde den daraus entspringenden Gewinn niemals dem Gegner erstatten müssen; wenn er aber Schadensersatz verlange, so verstehe der letztere sich immer nur abzüglich des Gewinnes). Vgl. hierzu Mommsen a. a. O. S. 193 ff.; Cohnfeldt S. 168 ff.; Eichhoff, Die Lehre v. d. compensatio lucri cum damno (1898) und jetzt vorzüglich Oertmann, Die Vortheilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch (1901). S. auch Dernburg § 31; Endemann I § 128 I Ziff. 2.

55) S. o. Bd. I § 108. Oertmann S. 63 ff., 73 ff.

56) Ueber die möglichen Arten der abzugsfähigen Vortheile s. ausführlich Oertmann a. a. O. S. 203 ff. Es sind direkte positive Vortheile für den Geschädigten oder die Verhinderung von anderweitigen Nachtheilen, denen der Ersatzberechtigte ohne den in Frage stehenden zum Schadensersatz verpflichtenden Umstand ausgesetzt war (Ersparung von Aufwendungen, Entstehung von Verbindlichkeiten 2c.). Ueber das „damnum emergens und lucrum cessans" s. schon meine Partiarischen Rechtsgeschäfte S. 174 Note 12. Für abzugsfähig werden wir auch die Vortheile erklären, welche der Beschädigte zwar nicht wirklich erlangt hat, aber bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte erlangen können, sofern sich nach § 254 Abs. 1 BGB. sagen läßt, daß er sich den betreffenden Schaden selbst verursacht habe. S. o. Bd. I § 111 Note 8 ff. u. Oertmann S. 242.

von Nutzen und Schaden das Gesammtresultat zu erforschen[57]). Wir werden hier auch nicht ängstlich bei den unmittelbaren Wirkungen stehen bleiben, sondern[58]) alle Vortheile zu berücksichtigen haben, zu deren Herbeiführung das schädigende Ereigniß bei seinem Eintritt nach Maßgabe der vorliegenden Umstände und unserem Erfahrungswissen objektiv geeignet war, z. B. bei der Enteignung[59]) auch den Mehrwerth der dem Enteigneten verbleibenden Parzellen[60]).

b) Beruht der Vortheil dagegen auf einem anderen als dem schadenstiftenden Ereigniß, so ist er im Allgemeinen nicht abzugsfähig; auch wenn die beiden Ereignisse zu einem und demselben Rechtsverhältnisse gehören, z. B. zu einem Kontokurrent, einem Dienstverhältniß oder Auftrag[61]). Ein solcher anderweitiger Entstehungsgrund des erlangten Vortheils ist es auch, wenn das schädigende Ereigniß lediglich Bedingung eines auf anderem Titel beruhenden Anspruchs des Geschädigten ist, z. B. eines Anspruchs aus Versicherung[62]), oder eines besonderen Unterhaltungsanspruchs[63]). S. auch § 843 Abs. 4 BGB.[64]) — Abzugsfähig dagegen sind die Vortheile, die zwar nicht

57) Z. B. der körperlich Verletzte verliert in Folge der Verletzung zwar seine Stellung, erhält aber seine gesetzliche Amtspension: der Schaden aus der verlorenen Anstellung ist nur unter Abzug der Pension zu verstehen. Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 47. Der Beamte, der ein fehlerhaftes und daher nichtiges Testament aufnimmt, haftet dem darin Eingesetzten nur unter Abzug von dessen Intestatportion (die letzterer nunmehr erhält) ꝛc. Andere Beispiele bei Oertmann S. 92 ff., Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 50, Bd. 40 S. 172.

58) In Anlehnung an das oben Bd. I § 108 Ziff. 3 Gesagte.

59) Unter dieser Voraussetzung! Also nicht schlechthin.

60) Zustimmend im Wesentlichen Grünhut, Enteignungsrecht (1873) S. 124 ff.; Schelcher, Enteignung (1893) S. 431; Oertmann a. a. O. S. 153 ff., A. M. G. Meyer, Expropriation (1868) S. 288 ff.; v. Rohland, Enteignungsrecht (1877) S. 81 ff.; Dernburg a. a. O. Ziff. 4.

61) Vgl. schon l. 23 § 1 Dig. pro socio 17, 2; l. 10 (11) Dig. de negot. gest. 3, 5. Z. B. der Geschäftsführer für mehrere Geschäfte darf den bei dem einen erzielten Vortheil nicht auf den bei den anderen angerichteten Schaden aufrechnen. Nur eine gewöhnliche Aufrechnung der Ansprüche und Gegenansprüche (s. u. §§ 191 ff.) aus dem Verhältniß kann hier eventuell in Frage kommen. Vgl. auch die Literatur- und Quellenübersicht bei Oertmann S. 170 ff.

62) S. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 50, Bd. 15 S. 114. Es muß aber eine wahre Versicherung sein, — bei Wittwen- und Waisengeldern z. B. wegen Tödtung des Familienvaters ein wirklicher Einkauf in eine Pensions- oder Versicherungskasse stattgefunden haben (sonst trifft der oben Note 57 erwähnte Gesichtspunkt zu). Hierzu noch Oertmann S. 111 ff. Bloße Zuschüsse des Verletzten zu gesetzlichen Pensionen kommen nicht in Betracht. Sie mindern nur das Amtseinkommen des Angestellten. — Ueber die Frage ob und inwieweit ein Uebergang der Ansprüche des Verletzten auf den Versicherer eine Modifikation begründe, s. Oertmann a. a. O. S. 123, 240 ff., 274, 281 ff.

63) Oertmann S. 107 ff. u. Cit. Vgl. übrigens § 4 RHaftpflichtG. und § 135 Abs. 2d UnfVersGes.

64) Aehnlich sind Geschenke, die der Verletzte anläßlich der Beschädigung

unmittelbar auf derselben Thatsache beruhen wie der Nachtheil, aber doch auf einem Element der ganzen Verursachungsreihe, die der Haftpflichtige durch seine Thätigkeit angeregt (in Bewegung gesetzt) hat. S. o. lit. a[65]). Abzugsfähig ist auch ein auf anderen als den schadenstiftenden Thatsachen beruhender Vortheil, wo der Verpflichtete nach Inhalt des Schuldverhältnisses nur auf eine wirthschaftlich zusammenzufassende Gesammtleistung haftet. Hier darf er den bei einigen Faktoren der letzteren erzielten Vortheil gegen Nachtheile bei anderen Faktoren aufrechnen[66]). Arg. §§ 102, 256 Satz 2 BGB.

5. Der vorstehende Gesichtspunkt führt noch weiter. Schon dadurch, daß der Schuldner etwaige Vortheile aus dem schadenstiftenden Ereigniß auf die Interesseforderung anrechnen darf, ist ausgesprochen, daß der Schuldner nicht doppelt leisten, der Gläubiger aus jenem Ereigniß nicht Doppeltes empfangen soll. Dies soll nun auch nicht in der Weise geschehen, daß der Ersatz[67]) dem Gläubiger gleichzeitig von zwei verschiedenen Seiten zufließt, z. B. bei nachlässiger Verwahrung der Sachen des Gläubigers gleichzeitig vom Verwahrer und demjenigen, welcher die Sachen während der Verwahrung entfremdet oder beschädigt hat. Vielmehr deckt hier der eine Ersatzanspruch den anderen. Sein Gegenstand bildet ein Surrogat der

---

von Dritten erhalten hat, nicht aufzurechnen. Vgl. Seuff. Archiv Bd. 25 Nr. 210. Oertmann S. 91, 105.

65) Hierhin gehört das obige Beispiel von der Enteignung; ferner z. B. der Fall, daß der Spediteur oder Frachtführer das Frachtgut in vertragswidriger aber billigerer Art versendet, wobei es zu Grunde geht (er darf, auf Ersatz des Gutes in Anspruch genommen, die Mehrkosten der bedungenen theureren Transportart abziehen). Aehnlich wenn ein Baumeister vertragswidrig mit billigerem Material baut und das Gebäude einstürzt. Vgl. Seuff. Archiv Bd. 10 S. 371, ferner die oben Note 54 cit. Entsch. des ROHG. u. RG. S. auch §§ 324 Abs. 1 S. 2, 615 Satz 2, 649 S. 2 BGB., die auf einem ähnlichen Gedanken beruhen.

66) Z. B. er soll ein Viergespann anschaffen, und ein Pferd ist werthvoller, ein anderes weniger werthvoll, als berechtigtermaßen zu erwarten war (die Sachen müssen aber im Sinne des § 469 Satz 2 als zusammengehörend angeschafft sein). — Oder Jemand hat einen Inbegriff von Gegenständen, z. B. ein Waarenlager, oder ein Vermögen (Sondervermögen ꝛc.) herauszugeben. Auch hier können sich die den einzelnen Gegenständen zugefügten Verbesserungen und Verschlechterungen ausgleichen. Dies folgt aus der Natur des Inbegriffs. Oder es ist der Gewinn aus einer Unternehmung (sei es im Ganzen, oder wie bei dem partiarischen Kontrakt, s. o. Bd. I § 76, pro rata zu restituiren. Hier bleibt immer noch das in l. 30 Dig. pro socio 17, 2 Gesagte zutreffend: neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto. Der Fall ist von dem in Note 61 besprochenen wohl zu unterscheiden.

67) Es handelt sich im Folgenden nicht um einen Vortheil, den der Geschädigte aus dem schadenbringenden Umstande verlangt, sondern um anderweitige Ansprüche, die dem Verletzten auf Grund des Eingriffes in seine Rechtssphäre zustehen. Vgl. Oertmann a. a. O. S. 256ff., 276; Dernburg § 34.

Sache oder des beschädigten Rechts. Man könnte diesen Gegenstand (nach Ziff. 4) auf den anderen Anspruch verrechnen[68], wenn nicht das Surrogat hier regelmäßig noch ganz unbestimmt, — auch seine Beitreibbarkeit oft ungewiß wäre. Der Beschädigte soll die Gefahr nicht laufen, sich auf den einen Anspruch etwas anrechnen zu lassen, was er mittelst des anderen möglicherweise gar nicht erhält. Der gegebene Ausweg ist daher, daß der Geschädigte gegen Erlangung des Schadensersatzes den anderen Anspruch an den Ersatzleistenden[69] abzutreten hat[70].

Dieser Ausweg war schon dem römischen Recht bekannt[71]. Unser Gesetz hat die Voraussetzungen der Abtretung näher geregelt. Nach § 255 BGB. kommt sie nur in Frage, wenn

a) für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes Schadensersatz, und zwar Geldersatz[72], zu leisten ist.

α. Der Verlust von Sachen liegt vor bei ihrem Untergang und bei vollständiger Zerstörung der Sache[73]; nicht bei bloßer Beschädigung, falls nicht die Sache zugleich dem Eigenthümer entzogen worden ist[74], — nur unter Umständen kann wegen bloßer Beschädigung oder Entwerthung einer Sache gegen Herausgabe der letzteren selbst[75] voller Ersatz des Werthes der Sache verlangt werden. Vgl. §§ 251, 280

---

68) Ueber die Frage, ob der Ersatzberechtigte gemäß Ziff. 4 diese Konsequenz ziehen und einfach die Differenz verlangen kann, s. Oertmann S. 279 ff.

69) Letzterem bleibt es dann überlassen, sich soweit möglich bei dem anderen Pflichtigen zu erholen.

70) Der erste Entwurf hatte den Uebergang der Ansprüche sogar kraft Gesetzes verfügt. Die Protokolle II. Lesung Bd. 1 S. 301 ergeben, weshalb man in dieser Hinsicht zum röm. Recht zurückkehrte. Uebertragung kraft Gesetzes findet beim Bürgen und Pfandschuldner statt. S. §§ 774, 1223 BGB.

71) Vgl. l. 21, 63, 69, 70 Dig. de rei vind. 6, 1; l. 6 § 4 Dig. nautae 4, 9; l. 3 § 1 Dig. de tribut. act. 14, 4; l. 25 § 8, l. 60 § 2 locati 19, 2; l. 12 Dig. de re iud. 42, 1; l. 54 § 3 Dig. de furt. 47, 2. Danach sind es zunächst die Ansprüche des Eigenthümers, deren Abtretung der Ersatzpflichtige wegen Nichtrückgabe der Sache verlangen kann; aber auch persönliche Ansprüche, die gegen einen für den Schaden vorwiegend verantwortlichen Dritten gerichtet sind. Oertmann S. 257 ff.

72) Von letzterem spricht § 255 BGB. zwar nicht ausdrücklich; die Beschränkung folgt aber aus der Natur der Sache. Oertmann S. 281; Schollmeyer § 255 Note 1.

73) Auch wenn die Trümmer noch vorhanden sind. Der wirthschaftliche Gesichtspunkt entscheidet.

74) Hier ist einfach der vom Ersatzpflichtigen zu leistende Schadensersatz um den der Sache noch verbliebenen Werth geringer. Oertmann S. 283.

75) An den Entschädigungsverpflichteten. Im Gegensatz zu den Ersatzansprüchen gegen Dritte wegen der Sache. — Das im Text Gesagte setzt aber voraus, daß das Behalten der beschädigten Sache für den Verletzten keinen Werth (kein Interesse) mehr hat.

Abs. 2, 325 Abs. 1 Satz 2 BGB.[76]). Endlich ist eine Sache auch dann verloren, wenn sie nicht untergegangen oder zerstört, sondern nur ihr Besitz dem Berechtigten entzogen worden ist, z. B. bei Diebstahl oder sonstigem Abhandenkommen der Sache[77]). Rechte sind dann verloren, wenn die Sache verloren wird, auf die das Recht geht[78]). Oder bei Versäumung rechtzeitiger Geltendmachung des Rechts[79]), auch im wirthschaftlichen Sinn, z. B. bis zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners[80]). Doch sind im letzteren Fall die abzutretenden Ansprüche wohl regelmäßig nur die Rudimente des entwertheten Rechtes selbst[81]).

β. Auf dieser Basis kann die Abtretung verlangt werden, wenn der Verlierer Schadensersatz begehrt. Der Grund der Ersatzpflicht ist gleichgültig. Es kann sich handeln um Schadensersatz aus absolutem oder relativem Unrecht[82]), aus der Haftung für Zufälle soweit eine solche besteht[83]), und sonstige Thatsachen[84]); insbesondere auch aus vertraglicher Uebernahme der Ersatzpflicht, z. B. auf Grund einer Versicherung[85]).

b) Die Abtretung bezieht sich auf die Ansprüche, welche dem Ersatzberechtigten auf Grund seines Eigenthums an der verlorenen Sache oder des verlorenen Rechtes zustehen[86]). Dies sind insbesondere die Ansprüche aus dem Eigenthum, mögen sie auf

76) Vgl. Dernburg § 34 i. f.; Oertmann a. a. O. S. 315 ff. und über das frühere Recht daselbst S. 307. — Dagegen kann nicht umgekehrt der Ersatzpflichtige, der blos nach Note 74 auf Ersatz der Werthminderung belangt wird, gegen Angebot des vollen Ersatzes die Ueberlassung der Sache fordern.

77) Auch eines Grundstücks, wenn die Rückgabe verweigert wird. Vgl. Oertmann S. 283 ff.; Schollmeyer § 255 N. 2. — Ueber den Fall rechtskräftiger Verurtheilung des Herausgabeverpflichteten nach § 283 BGB. s. noch Oertmann S. 285 u. unten § 159.

78) Z. B. der Nießbrauch, das Pfandrecht werden durch Abhandenkommen der Sache geschädigt, auf welche sie gehen.

79) Z. B. bei befristeten Rechten. Oder durch Nichtgeltendmachung des Rechtes bis zum Ablauf der Verjährungszeit.

80) Ebenso Dernburg § 34 II lit. f.; Oertmann a. a. O. S. 304; Planck § 255 Note 2. Entsch. d. ROHG. Bd. 14 S. 400.

81) Insofern steht der Fall dem oben Note 75 besprochenen ähnlich. Dennoch fällt er unter § 255 BGB. (letzterer ist nicht mit Schollmeyer eod. Note 2b auf den Verlust dinglicher Rechte zu beschränken). Wörtlich ist die Abtretung von Ansprüchen „auf Grund eines verlorenen Rechtes" überhaupt nicht zu nehmen. Die Fassung ist ungenau.

82) §§ 823 ff., 275 ff. BGB. Einschließlich auch auf Grund der Haftung für dritte Personen ꝛc. (§§ 831 ff., 278 BGB.).

83) Vgl. o. Bd. I § 110.

84) Z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag.

85) Oertmann a. a. O. S. 281 ff.

86) Von den Fällen der Abtretung der Sache selbst oder der Ueberreste des entwertheten Rechts war schon die Rede. S. o. Noten 75 u. 81.

Herausgabe der Sache[87]) oder auf Schadensersatz[88]) gerichtet sein; aber auch persönliche Ersatzansprüche auf Grund des Eigenthums[89]), die dem Ersatzberechtigten wider einen Dritten zustehen, z. B. aus deliktischer Verletzung des Eigenthums[90]).

Schon die Fassung des Gesetzes stellt außer Zweifel, daß auf Grund der mehrfachen Haftung nur der zuerst belangte Vertragsschuldner[91]) die Abtretung der Ansprüche des Beschädigten wider den Deliktsschuldner fordern kann, nicht umgekehrt der Deliktsschuldner[92]). Wird dieser zuerst in Anspruch genommen, so befreit[93]) dessen Ersatzleistung einfach den Vertragsschuldner[94]). Haften die mehreren Ersatzverpflichteten deliktisch, so kann jedoch der § 255 nicht zur Anwendung gelangen, soweit die verschiedenen Betheiligten einander antheilsmäßig zur Ausgleichung verpflichtet sind[95]).

Hat der Beschädigte wirklich doppelten Ersatz erhalten, z. B. weil er den entzogenen Gegenstand nachträglich vom eigentlichen Schadenstifter zurückerhielt, so hat der andere zunächst Belangte im Rahmen der obigen Regeln einen Anspruch auf Erstattung der dadurch eingetretenen ungerechtfertigten Bereicherung[96]). Die Bereicherung besteht hier in dem zuviel erhaltenen Gelderſatz. Den zurückerhaltenen Gegenstand braucht er selbst dann nicht herauszugeben, wenn er den Anspruch darauf seinerzeit dem Belangten abgetreten hatte[97]).

---

87) §§ 985, 1005 BGB.

88) §§ 989 ff. BGB.

89) Nicht aus sonstigem Titel, z. B. einer Versicherung. Oertmann a. a. O. S. 288.

90) Dies läßt sich sowohl aus § 992 als aus § 823 (Eigenthum) BGB. ableiten. Zustimmend Dernburg § 84 II lit. b; Oertmann S. 286 ff.; Schollmeyer § 255 Note 3.

91) Z. B. der Entleiher, Verwahrer, Miether, der sich die Sache stehlen oder von einem Dritten zerstören ließ.

92) Es wäre unerträglich, könnte z. B. der Dieb sich für den von ihm zu leistenden Ersatz am Miether erholen, der sich die Sache nachlässigerweise stehlen ließ. § 255 bezeichnet das Objekt der Abtretung genau.

93) Stammler, Einrede a. d. Recht eines Dritten (1900) S. 59; Oertmann S. 294.

94) Ueber die Frage, ob der für den Verlust Verantwortliche in erster Linie die Belangung des eigentlichen Schadenstifters verlangen kann, s. Oertmann S. 295 ff.

95) S. §§ 840, 426 BGB. und unten die Lehre von den Gesammtschuldverhältnissen. Im Falle unvollkommener Gesammtschulden (z. B. wenn Jeder für sich gehandelt hat) s. u. § 206 Note 50 ff. Oertmann S. 289 ff., 293.

96) S. u. §§ 317 ff. Der ehemals Beschädigte ist durch die doppelte Ersatzleistung bereichert.

97) Die Sache liegt ähnlich wie oben Note 76. Die Sache ist nicht mehr verloren. Dem Anspruch aus der actio cessa würde eine exceptio doli entgegenstehen. § 255 BGB. ist nie gegen den Ersatzberechtigten zu wenden in

c) Die Abtretung der Ansprüche auf Grund des § 255 BGB. kann vom Ersatzpflichtigen verlangt, also im Nothfall erzwungen werden[98]). Der Ersatzpflichtige kann aber auch einfach die Zahlung bis zum Verfolg der Abtretung zurückbehalten[99]). Er ist nur „gegen Abtretung", also Zug um Zug zu leisten verpflichtet[100]). Die Abtretung erfolgt in der gewöhnlichen Weise. S. u. § 199[101]).

III. Einige Sonderregeln gelten für den Ersatz von Aufwendungen, die Jemand auf einen Gegenstand oder für einen bestimmten Zweck gemacht hat[102]). §§ 256—258 BGB. Hat der Aufwendende ihretwegen überhaupt ein Ausgleichungsrecht, was sich nach der konkreten Sachlage und den darauf bezüglichen allgemeinen Grundsätzen richtet[103]), so kann die Ausgleichung entweder durch Naturalherstellung oder durch Geldersatz[104]) vor sich gehen.

1. Die Naturalherstellung besteht hier einfach in Wiederbeseitigung der Einrichtung, soweit eine solche überhaupt möglich ist und vom Gesetze gestattet wird (was keineswegs immer zutrifft). Denn die wirthschaftliche Zerstörung oder Entwerthung von Sachgütern

---

dem Sinne, daß er gegen Geldersatz seine Sache abandonniren müßte. — Dagegen darf er auch hier auf die Sache verzichten und den vollen Schadensersatz behalten.

98) Durch Urtheil, welches ihn zur Abtretung verpflichtet. Vgl. § 894 CPO. Auch nachträglich nach erfolgter Ersatzleistung. S. Dernburg § 34 II lit. d, Oertmann S. 296 ff., Planck § 255 Note 1. A. M. Schollmeyer eod. Note 4.

99) S. o. Bd. I § 124.

100) § 274 BGB. — Ueber den Fortbestand der Ansprüche trotz der Leistung s. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 305 ff. Vgl. l. 76 Dig. de sol. 46, 3: cum .... pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio quae fuit, peremta videatur.

101) Daß die Abtretung der Ansprüche aus dem Eigenthum der verlorenen Mobilie den Cessionar des Anspruchs nicht regelmäßig (nach § 931 BGB.) zum Eigenthümer der Sache macht, vertheidigen mit guten Gründen Schollmeyer § 255 Note 3 und Oertmann a. a. O. S. 300. Nach den obigen Ausführungen (s. z. B. Note 97) ist der Uebereignungswille nicht für alle Fälle anzunehmen. Soweit er vorliegt, geht auch das Eigenthum über.

102) Vgl. zum Folgenden v. Petrażycki, Einkommen Bd. 2 (1895) S. 105 ff., 163 ff.; v. Thur, Die actio de in rem verso (1895) S. 39 ff.

103) Die cit. Paragraphen sprechen sich darüber nicht aus, sondern setzen den Anspruch voraus und bestimmen dann näher seinen Inhalt. Eine Ersatzpflicht besteht z. B.

a) wegen Aufwendungen auf einen bestimmten Gegenstand in den Fällen §§ 304, 347, 450, 538 Abs. 2, 547, 850, 994—996, 1049, 1266, 2022 ꝛc.;

b) wegen Aufwendungen für einen bestimmten Zweck in den Fällen §§ 670, 675 BGB. und in den entsprechenden Anwendungsfällen der Geschäftsführung ohne Auftrag, Vormundschaft u. dgl.

Selbstverständlich kann die Ersatzpflicht von Aufwendungen auch in anderen Fällen rechtsgeschäftlich begründet sein.

104) S. o. die Abschnitte I und II.

soll thunlichst vermieden werden[105]). Ist die Beseitigung aber zulässig, so verpflichtet sie umgekehrt den Wegnehmenden zur Herstellung des früheren Zustands wie er vor der betreffenden Aufwendung war. Man kann das Wegnahmerecht also niemals gegen bloßen Gelderſatz ausüben und hat die Herstellung auf eigene Kosten vorzunehmen. Umgekehrt muß der Gegner, auch wenn er sich im Besitz der Sache befindet, die Wiederherstellungsarbeiten dulden; doch kann er wegen etwaiger Schadenszufügung Sicherheit verlangen[106]) und sich bis dahin der Herstellung widersetzen[107]). § 258. Wird die Wegnahme zur Chikanehandlung, so ist sie überhaupt unzulässig[108]); daher ist z. B. das Abkratzen von Gemälden selbst gegen vollständige Wiederherstellung des früheren Zustands unzulässig. Vgl. § 226 BGB.

2. Im Uebrigen ist Ersatz der Aufwendung nach den gewöhnlichen Vorschriften zu leisten. Dem Aufwendenden sind die Kosten in Geld zu erstatten, also entweder einfach der aufgewendete Geldbetrag, oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet, z. B. Naturalverpflegung geleistet wurde, deren Geldwerth. Hierzu fügt § 256 BGB. eine gesetzliche Verzinsung des Ersatzbetrags[109]) von der Zeit der Aufwendung an, die auch aus allgemeinen Grundsätzen herzuleiten ist[110]). Verbleibt aber der Gegenstand, auf den die Aufwendungen gemacht wurden, noch eine Zeit lang in Nutzung des Ersatzberechtigten[111]) und ist alsdann dem Ersatzpflichtigen herauszugeben, so fallen die Zinsen für die Zeit weg, in welcher dem Aufwendenden die Nutzungen des Gegenstandes ohne besondere Vergütung[112]) zustehen. § 256 S. 2[113]).

105) Es hängt dies mit der Unterscheidung von nothwendigen, nützlichen und Luxusaufwendungen (impensae necessariae, utiles und voluptuariae) zusammen, auf die erst später gehörigen Orts (im Sachenrecht) einzugehen ist. Regelmäßig dürfen nur die letzteren wieder weggenommen werden. Beispiele in §§ 500, 547 Abs. 2, 581, 601 Abs. 2, 1049, 1216, 2125 Abs. 2. S. auch § 997. Man spricht hier auch vom ius tollendi.

106) S. o. Bd. I § 134. Ehe der Gegner sich im Besitz befindet, braucht der Wegnehmende auf ihn keine Rücksicht zu nehmen und keine Sicherheit zu leisten. Er haftet nur eventuell auf Ersatz des angerichteten Schadens.

107) Dilatorische Einrede im Sinne des § 36 oben.

108) Bd. I § 121.

109) S. o. § 149, insbes. nach Note 22.

110) Da der Betrag dieser Zinsen dem Ersatzberechtigten in Folge der Aufwendung verloren geht, also als mit aufgewendet erscheint. Die Aufnahme einer positiven Gesetzesvorschrift empfahl sich aus Zweifelsgründen.

111) § 100 BGB. — Z. B. der Miether macht Verwendungen auf das von ihm bewohnte Haus. Andere Fälle in §§ 601, 994, 1049, 1216 BGB.

112) Denn im kostenlosen Selbstgenuß der Verwendungen hat er ein Aequivalent für die Zinsen.

113) In vielen Fällen ist die Pflicht zum Ersatz von Verwendungen auf

3. Soweit die Aufwendung nicht durch Baarzahlung erfolgte, sondern ihretwegen nur eine Verbindlichkeit eingegangen wurde, kann der Ersatzberechtigte Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen[114]). § 257 BGB. Ist die Schuld noch nicht fällig, so darf der Ersatzpflichtige den Gegner dadurch abfinden, daß er ihm für die demnächstige ordnungsmäßige Befreiung Sicherheit leistet[115]).

§ 152.

Fortsetzung: Die Buße*.

1. In eigenthümlicher Art bemessen und zugesprochen wird der Ersatz in einigen Fällen, in denen die schadenstiftende Handlung zugleich mit öffentlicher Strafe belegt wird[1]). Die Zubilligung des Ersatzes erfolgt hier auf entsprechendes Verlangen des Geschädigten im Strafprozeß über die unerlaubte Handlung. Und zwar durch ein Pauschquantum, um alle Weitläufigkeiten der Schadensersatzberechnung (nach Maßgabe der Grundsätze des vorigen Paragraphen) abzuschneiden und die Berücksichtigung immaterieller Schäden (Körper-

---

den Betrag beschränkt, um welchen der Werth des Gegenstandes, in den die Verwendung erfolgte, erhöht ist. Vgl. §§ 500, 592 i. f., 996, 2381 BGB.

114) Vgl. schon l. 45 § 5 Dig. mandati 17, 1. v. Thur a. a. O. S. 82 ff. Wegen der Zwangsvollstreckung s. § 887 CPO.

115) Nach geleisteter Sicherheit kann sich der Ersatzberechtigte nur noch an diese halten. Der Ersatzpflichtige hat nach § 257 ein Wahlrecht (facultas alternativa) und ist durch Leistung der Sicherheit im Uebrigen befreit. S. u. § 153 Ziff. 2.

*) Vgl. hierzu noch Wächter, Die Buße; Dochow, desgl. (1875) u. dazu Sontag i. d. Krit. Vjschr. Bd. 17 S. 203, Bd. 18 S. 111; Kohler, Patentrecht (1878) S. 639 ff.; Hellmann, Schmerzensgeld u. Buße im Archiv f. civ. Praxis Bd. 78 S. 1; Reinhardt, Geldstrafe u. Buße (1890); Mandry-Geib, Civilr. Inhalt d. Reichsgesetze § 48; v. Liszt, Strafrecht § 67.

1) Damit ist zugleich ausgesprochen, daß die Buße Entschädigung und nichts als Entschädigung ist. Sie ist einer der wichtigsten Fälle, wo das Gesetz (zugleich oder allein) den Ersatz immaterieller Schäden durch Geldleistung gestattet. S. o. § 141 am Ende. Darin sowie in Zulassung der Forderung im Strafprozeß liegen die Eigenthümlichkeiten der Buße; nicht in einem Mischcharakter von Schadensersatz und Privatstrafe (Wächter). Der Strafcharakter der Buße wird heute wohl kaum mehr vertheidigt. Direkt dagegen auch Entsch. d. RG. in Strafsachen Bd. 12 S. 223, Bd. 15 S. 352, Bd. 17 S. 190, Bd. 24 S. 398. Richtig ist nur, daß sich die Buße historisch aus der röm. Privatstrafe (bei der actio iniuriarum aestimatoria) entwickelt hat. Dies erklärt auch ihre Aufnahme in die Strafgesetze. Die Römer verwirklichten den Ersatzzweck in großem Umfang durch Privatstrafen; der richtige Gegensatz von Strafe und Entschädigung (s. o. Bd. I § 107 Note 8) ist ihnen überhaupt nie ganz folgerichtig zum Bewußtsein gekommen. Im Anschluß daran wurden ehemals nicht nur die Buße, sondern auch z. B. der Schmerzensgeldanspruch (oben § 141 Note 18) fälschlich als Privatstrafen aufgefaßt. Erst die Anerkennung der Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden hat hier das richtige Verständniß ermöglicht.

und Seelenschmerzen aller Art) zu gestatten. In letzterer Hinsicht ist das Pauschquantum nichts anderes als die sog. „billige Entschädigung" der §§ 847, 1300 BGB., da eine präzise unmöglich scheint. Aehnlich soll mit der Buße auch für wahre Vermögensschäden kurzerhand ein billiger Ersatz gewährt werden.

Hiermit steht dann eine Bestimmung über das Verhältniß der billigen und der präzisen Ersatzberechnung in Zusammenhang[2]). An sich kann bald die eine bald die andere zu einem höheren Ergebniß führen: oft wird der Strafrichter Bedenken tragen, das Pauschquantum so hoch zu bemessen, wie sich aus einem geführten detaillirten Beweise ergibt; umgekehrt führt bei der Buße oft die Berücksichtigung des immateriellen Schadens zu einem höheren Ersatzbetrage als die gewöhnliche Entschädigung. Der Verletzte hat nun die Wahl, welche Ersatzberechnung er herbeiführen will: er kann im Strafverfahren den Antrag auf Buße stellen[3]), er kann den Antrag bis zur Verkündigung des Strafurtheils auch wieder zurückziehen[4]); er kann auch im Civilprozeß gewöhnliche Entschädigung verlangen. Eine einmal zuerkannte Buße schließt jede weitere Entschädigung aus[5]), nicht aber umgekehrt die zugesprochene gewöhnliche Entschädigung den Antrag auf Buße. Hier ist nur der zuerkannte Ersatzbetrag auf die Buße anzurechnen[6]). Der Grund ist offensichtlich. Wer eine Pauschalentschädigung erlangt hat, ist definitiv abgefunden; wogegen die präzise Schadensberechnung der Korrektur unterliegt und der etwaige Mehrbetrag nachgefordert werden kann: hier durch den Antrag auf Bewilligung einer höheren Pauschalsumme.

---

2) S. §§ 188 Abs. 2, 231 Abs. 2 StGB. — Durch den Antrag auf Buße wird die Verjährung des gewöhnlichen Schadensersatzanspruchs nicht unterbrochen. S. o. Bd. I § 116 II Ziff. 2; Entsch. d. RG. Bd. 16 S. 15 ff.

3) Und zwar auf eine bestimmte Summe. Vgl. §§ 443, 445 StPO. Der Verletzte muß sich dazu dem öffentlichen Strafverfahren als Nebenkläger anschließen, sofern er nicht das Verfahren selbst als Privatkläger einleitet. Ueber den Anschluß als Nebenkläger s. §§ 435 ff. eod. Der Antrag auf Buße kann bis zur Verkündung des Urtheils 1. Instanz gestellt werden. § 444 Abs. 1 eod.

4) § 444 Abs. 2 StPO. In diesem Falle kann der Antrag nicht wieder erneuert werden.

5) Erkennt das Strafurtheil nicht auf Buße, so kann der Verletzte immer noch gewöhnliche Entschädigung verlangen.

6) Die bloße Rechtshängigkeit des gewöhnlichen Schadensersatzanspruchs hindert den Antrag auf Buße nicht. Es entscheidet jetzt die Priorität des Urtheils. Eine erkannte Buße schließt weitere Entschädigung aus: der zuerkannte civilrechtliche Ersatzbetrag ist auf die Buße anzurechnen. — Ist der Entschädigungsanspruch im Civilprozeß abgewiesen, so findet dies der richtigen Ansicht nach den Antrag auf Buße nicht, weil der gewöhnliche Ersatz und Buße sich nicht decken.

2. Dem Strafrichter ist die Befugniß zur angemessenen Entschädigung des Verletzten bei Gelegenheit der kriminellen Bestrafung des Thäters nicht unbeschränkt zugestanden. Vielmehr wird diese freie, alle idealen und Affektionsinteressen mitumfassende Schadensberechnung ähnlich wie im Bürgerlichen Gesetzbuch[7]) nur in bestimmten einzelnen Fällen zugelassen. Diese sind:

a) Gewisse Fälle der Beleidigung und Körperverletzung. §§ 188, 231 StGB. Und zwar bei der Beleidigung, wenn sie als sog. Verleumdung oder wissentliche Kreditgefährdung[8]) nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt; bei Körperverletzung in allen Fällen[9]) wegen der daraus entspringenden (vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen) Schäden, soweit nur das Delikt im Sinne des Strafgesetzbuchs als Körperverletzung erscheint[10]) oder eine solche in sich schließt. Also auch in Konkurrenzfällen mit anderen Delikten, sofern nur nicht die Körperverletzung in dem Gesammtthatbestand aus irgend einem Grunde straflos bleibt[11]). Ein positiver Ausschluß der Buße findet sich in § 135 GewUnfVersG. v. 5. Juli 1900 bei fahrlässigen Körperverletzungen. Der zulässige Höchstbetrag der Buße ist auf 6000 Mark bestimmt.

b) Ferner ist die Buße das gegebene Ersatzmittel im Falle der Verletzung von Immaterialgüterrechten[12]): des Urheberrechts an Schriftwerken, Kunstwerken, photographischen Erzeugnissen ꝛc.[13]) mit zulässigem Höchstbetrag von 6000 Mark; der Verletzung von Mustern und Modellen, Erfindungen (Patenten)[14]); des Rechts auf Waaren-

7) Vgl. §§ 253, 847, 1300 BGB. und oben § 141.

8) §§ 186, 187 StGB.

9) Ohne Rücksicht darauf, ob sie im 17. Abschnitt des Strafgesetzbuches stehen. Z. B. auch im Falle der Körperverletzung als Amtsdelikt (§ 340 StGB.); bei vorsätzlicher Uebertretung der Zweikampfsregeln (§ 207 StGB.).

10) Daher z. B. nicht im Falle des § 227 Abs. 1 StGB. (trotz dessen Stellung im 17. Abschnitt), weil dort nicht wegen Körperverletzung, sondern blos wegen Betheiligung an der Schlägerei gestraft wird; unter Umständen auch nicht im Falle § 229 Abs. 1 bei Vergiftung ohne Gesundheitsschädigung.

11) Weil auf die Buße stets nur neben der Strafe erkannt werden kann. Dagegen ist weder bei sog. Realkonkurrenz erforderlich, daß die Körperverletzungsstrafe die Einsatzstrafe bildet, noch bei Idealkonkurrenz, daß (gemäß § 73 StGB.) nach den Grundsätzen des 17. Abschnitts des Strafgesetzbuches gestraft wird. Es muß nach richtiger Ansicht genügen, daß nur ein Theil der ganzen Strafe auf den Körperverletzungsfall zurückgeführt werden kann.

12) S. o. Bd. I § 30 Note 16 ff.

13) RG. v. 11. Juni 1870 §§ 18, 43, 45; v. 9. Jan. 1876 § 16; v. 10. Jan. 1876 § 9; v. 11. Jan. 1876 § 14 und neuestens RG. v. 19. Juni 1901 betr. das Urheberrecht an Werken der Litteratur u. Tonkunst § 40.

14) RG. v. 1. Juni 1891 § 11; v. 7. April 1891 § 37 ꝛc.

zeichen[15]); endlich auch im Falle des unlauteren Wettbewerbs[16]): hier überall mit Höchstbetrag von 10000 Mark. Es erklärt sich, daß gerade in diesen Fällen, in denen regelmäßig die Verletzung materieller und immaterieller Interessen konkurrirt, die Buße vorzugsweise dem praktischen Bedürfnisse entspricht. Innerhalb der erwähnten Grenzen bestimmt der Strafrichter die Höhe der Buße ganz frei[17]).

3. Nur der Verletzte kann die Buße fordern, nicht andere Personen, z. B. diejenigen, die wegen der That das Recht des Strafantrags haben[18]). Sind mehrere Personen verletzt, so kann jede für sich Buße verlangen (soviel Delikte soviel Bußen). Haben Mehrere die Verletzung begangen, so kann auch nur gegen Einen oder Einige auf Buße angetragen werden; denn der Verletzte verfolgt mit seinem Bußantrag nur ein Privatrecht. Dagegen erhält er hier im Ganzen nur eine Buße, weil ein Schaden nur einmal ersetzt wird[19]).

4. Nur neben der Strafe ist die Verhängung einer Buße statthaft; und zwar muß sie nicht, sondern kann nur auf den Antrag des Verletzten verhängt werden. Es bestände also gar kein rechtlicher Anspruch auf Buße[20]), wenn man nicht annimmt, daß der Strafrichter, falls nicht besondere Gründe entgegenstehen[21]), auf den Bußantrag einzugehen (ihn materiell zu prüfen) und durch sachgemäße Entscheidung zu erledigen hat. Immerhin ist der Bußanspruch in allen

---

15) S. o. Bd. I § 37 Note 9 u. RG. v. 12. Mai 1894 § 18. Nicht aber des Rechtes auf den Namen, die Firma 2c.

16) RG. v. 27. Mai 1896 § 14. — Auf dem ihr übergewiesenen Gebiet kann auch die Landesgesetzgebung Bußen zulassen.

17) Selbstverständlich nicht über den Antrag des Verletzten hinaus. Aber ein strikter Schadensbeweis ist vom Antragsteller nicht zu verlangen. Es liegt im Wesen der Buße, daß sie in einem Betrage zugebilligt werden kann, wie im Civilprozeß nicht möglich wäre. Nur etwa schon geleisteter Schadensersatz ist auf die Buße in Anrechnung zu bringen (s. o.). Geschenke Dritter anläßlich der Beschädigung fallen nicht unter diesen Gesichtspunkt.

18) Der gesetzliche Vertreter des unfähigen Verletzten kann natürlich an seiner Statt Buße verlangen.

19) Es besteht ein Gesammtschuldverhältniß der verschiedenen Delinquenten, ähnlich wie hinsichtlich der gewöhnlichen Entschädigung aus Delikten. S. § 840 BGB. Bei mehreren Delikten haftet Jeder selbständig für sein Thun auch in dieser Beziehung. S. Entsch. d. RG. Jur. Wochenschr. 1893 S. 11 Ziff. 5 u. 1895 S. 115 Ziff. 11. Doch sollen die mehreren Bußen schließlich auch nur das Schadensmaximum ersetzen, worauf bei ihrer Zubilligung Bedacht zu nehmen ist.

20) S. auch Kohler a. a. O. S. 641 ff.

21) Solche können liegen im Interesse der Strafrechtspflege (die Entscheidung der Strafsache soll nicht dadurch hinausgezögert werden), aber auch des Thäters (um ihm nicht eine etwaige im Strafprozeß nicht mögliche Vertheidigung gegen den Entschädigungsanspruch abzuschneiden). S. Entsch. d. RG. in Straff. Bd. 13 S. 186, Bd. 17 S. 191. Die bloße Schwierigkeit der Abschätzung des Schadens ist ein solcher Grund nicht.

Fällen eigenthümlich bedingt und steht insofern dem gewöhnlichen Entschädigungsanspruch nicht gleich. Kommt es nicht zu einer Verurtheilung des Thäters, z. B. wegen Strafausschlußgründen, Fehler der Antragstellung bei Antragsdelikten, Tod des Angeklagten, Verjährung der Strafverfolgung u. dgl., so ist der Bußantrag ohne Weiteres erledigt. § 444 Abs. 3 StPO. Dagegen ist gleichgültig, ob die Strafe vollzogen oder der Thäter begnadigt wird oder nach dem Urtheil verstirbt. Für die erkannte Buße haftet er selbst oder seine Erben nach privatrechtlichen Grundsätzen.

Das Recht auf Buße ist ein unvererbliches Recht des Verletzten. § 444 Abs. 4 StPO. Die Buße bezweckt persönliche Genugthuung für Dinge, die (wie Schmerzen, Ehrenkränkungen ꝛc.) nicht auf den Erben übergehen, oder doch zugleich für diese. Die Erben trifft nur der reine Vermögensschaden, den sie nach allgemeinen Grundsätzen verfolgen können [22]). Die Uebertragung des Bußanspruchs unter Lebenden verbietet sich danach von selbst.

E. Wahlschulden*.

§ 153.

Eine Wahlschuld liegt vor, wenn nach Inhalt des Schuldverhältnisses zwischen mehreren Leistungen die Wahl gelassen ist, sodaß also der Schuldner nur entweder die eine oder eine andere zu bewirken hat. Die mehreren Leistungen können individuell oder nur nach Gattungsmerkmalen bestimmt sein [1]): im Uebrigen genügt diejenige Bestimmtheit, welche nach allgemeinen Grundsätzen gefordert wird. S. o. §§ 146 ff.

1. Die Wahlschuld ist ein einziges Schuldverhältniß, wie die Gattungsschuld. Nur ist der Kreis der möglichen Leistungsgegenstände

22) Aehnlich wie in den Fällen §§ 847 Abs. 1 i. f., 1300 Abs. 2 BGB. Es handelt sich um sog. actiones meram vindictam spirantes. Vgl. l. 13 pr., l. 48 Dig. de iniur. 47, 10. Doch ist bei der Buße (im Gegensatz zu obigen Stellen) auch die Rechtshängigkeit im Strafprozeß gleichgültig. Der Bußantrag kann nach § 444 Abs. 4 StPO. von den Erben überhaupt nicht fortgesetzt werden.

*) Vgl. Fitting, Correalobligationen (1859) S. 136 ff.; Nanne, Die Disjunktivobligation (1876/1880); Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften I (1878); Pescatore, Die sog. alternative Obligation (1880) und dazu Bernstein, Zschr. f. Handelsr. Bd. 29 S. 602; Pfersche, Krit. Vjschr. Bd. 28 S. 305; Ryk, Schuldverhältnisse II S. 129 ff. — Stammler, desgl. S. 134; Dernburg §§ 43 ff.; Endemann I § 118; Cosack § 84 III Ziff. 1; Mathiaß I § 74 I; Enneccerus I §§ 165—167.

1) Die eine Leistung kann auf Geld, die andere auf sonstige Gegenstände gerichtet sein.

hier ein anderer[2]). Nicht jedes Mittelgut einer bestimmten Gattung ist tauglicher Leistungsgegenstand[3]), sondern es sind dem Schuldner bestimmte Alternativen gesetzt. Diese Alternativen können auf verschiedene Gegenstände gerichtet sein; aber auch auf Verschiedenheiten in Zeit und Ort der Leistung u. dgl. Es können zwei oder mehrere Alternativen sein. Andere sehen jede dieser Alternativen als Gegenstand eines besonderen Schuldverhältnisses an, die dann als in einem gegenseitigen Bedingungsverhältniß stehend gedacht werden müssen[4]); doch gibt diese Auffassung[5]) unnöthig komplizirte Verhältnisse[6]). Die Wahlschuld ist ein Schuldverhältniß mit beschränkter Unbestimmtheit der Leistung[7]). Hieraus folgt auch, daß die Wahl zwischen den mehreren Alternativen im Zweifel dem Schuldner zusteht, weil jede Unbestimmtheit des Leistungsinhalts zunächst dem Schuldner zu Gute kommt. Soll der Gläubiger die Wahl haben, so muß ihm dieselbe besonders eingeräumt sein. § 262 BGB.

Bis zur Wahl nun schuldet der Verpflichtete beide Leistungen alternativ: d. h. beide sind in obligatione, nur eine von ihnen ist in solutione[8]). Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an

---

2) Uebrigens sind auch die detaillirten Vorschriften der §§ 262—265 BGB. nur dispositiv. Besonderes ist in § 2154 für das Wahlvermächtniß bestimmt.

3) Es sei denn, daß die eine Alternative auf Leistung eines nur nach Gattungsmerkmalen bestimmten Gegenstandes geht.

4) So Adickes, Lehre von den Bedingungen (1876), Pescatore a. a. O. Es ist zuzugeben, daß aus dem Gesetz die Frage nicht unmittelbar zu lösen ist. Der § 265 BGB. sagt zwar „das Schuldverhältniß"; doch können aus diesem Ausdruck keine Konsequenzen gezogen werden. Denn s. auch §§ 423, 425 BGB.

5) Namentlich auch, wenn die eine Alternative in einer nur nach Gattungsmerkmalen bestimmten Leistung besteht (s. o.)

6) Bernstein nimmt eine suspensive oder resolutive Pendenz des Leistungsgegenstandes an. Nur ein Gegenstand werde resp. bleibe der überhaupt geschuldete. Es liegt darin eine Leugnung des Satzes, daß sämmtliche Alternativen sich in obligatione befinden (s. u.). Dieser Satz bedeutet allerdings einen Unterschied von der Gattungsschuld (s. o. § 147 z. B. Note 7 u. 32 ff.), aber dieser Unterschied liegt in den Verhältnissen begründet: es können doch nicht die Millionen gattungsmäßiger Gegenstände, die auf der Welt existiren, sämmtlich als geschuldet gelten. Die Auffassung Bernstein's ist durch §§ 262, 263 Abs. 2 BGB. deutlich abgelehnt. Diese Bestimmungen sind mit dem Gedanken der suspensiven Pendenz unvereinbar.

7) Vgl. o. § 146 gegen Ende.

8) Der Unterschied zwischen alternativer und bedingter Leistungspflicht springt auch sonst in die Augen. Vor Erfüllung der Bedingung trägt regelmäßig der Schuldner die Gefahr; bei alternativer Leistungspflicht steht wenigstens eine Leistung immer auf Gefahr des Gläubigers. Die mehreren Alternativen sind wie mehrere species (oben § 147 Note 29 ff.) zu betrachten; in ihnen liegt keine unbeschränkte Zahl möglicher Leistungsgegenstände, die sich nicht erschöpfen können. Folglich trägt Gläubiger, wie bei der Speziesschuld überhaupt, so hier immer für eine Alternative die Gefahr (für die gewählte oder für die letzte überhaupt mögliche). S. auch l. 34 § 6 Dig. de contr. emt. 18, 1. Jedoch auch unten Note 59 ff.

geschuldete. § 263 Abs. 2 BGB. Durch die Wahl[9]) beschränkt sich also hier das Schuldverhältniß auf die gewählte Leistung, und zwar mit rückwirkender Kraft[10]).

2. Wie von der Gattungsschuld, so ist die Wahlschuld auch von der Leistungspflicht gattungsmäßig bestimmter Sachen aus einem gewissen Vorrath[11]), und vom Gattungsgeschäft mit Spezifikationsklausel[12]) zu unterscheiden. Nicht minder endlich von Verbindlichkeiten, bei welchen nur eine Leistung geschuldet, dem Schuldner aber nachgelassen ist, sich auch durch Leistung eines anderen Gegenstandes zu befreien[13]). Hier liegt ein gewöhnliches Schuldverhältniß mit alternativer Ermächtigung des Schuldners vor (facultas alternativa). Die Folge ist, daß wenn die eigentlich geschuldete Leistung durch einen nicht vom Schuldner zu vertretenden Umstand untergeht, der Schuldner befreit wird[14]), wogegen der Untergang des Gegenstandes, auf den sich die Ermächtigung bezieht, seine Verpflichtung unberührt läßt. Hier ist für den Schuldner nur die Befugniß zur Leistung des anderen Gegenstandes hinweggefallen[15]). Eine derartige Ermächtigung kommt auch zu Gunsten des Gläubigers vor: derselbe kann statt des allein geschuldeten Gegenstandes einen anderen verlangen[16]). Auch sonst kann der Gläubiger ein Wahlrecht haben ohne daß eine Wahlschuld vorliegt: nämlich ein Wahlrecht zwischen mehreren Ansprüchen, von denen nur der eine oder andere ausgeübt werden darf[17]).

3. Die bei der Wahlschuld vorliegende Unbestimmtheit der Leistungspflicht wird gehoben durch ordnungsmäßige Ausübung der Wahl[18]),

---

9) Vgl. Fr. Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 41 S. 1.

10) Anders als bei der Gattungsschuld (§ 147 Ziff. 4), wo eine solche Rückwirkung nicht eintritt, weil vorher kein spezieller Gegenstand geschuldet war. Dies ist wichtig für die Gefahrtragung des Gläubigers in Ansehung der gewählten Leistung. S. o. Note 8.

11) S. o. § 147 Note 7.

12) S. § 146 Text u. Note 32.

13) S. z. B. §§ 251 Abs. 2, 528 S. 2, 1973 Abs. 2, 1992, 2329 Abs. 2 BGB. Hier ist nur ein Gegenstand in obligatione.

14) S. o. § 150 am Ende. — Der Gläubiger kann nur auf die eine geschuldete Leistung klagen.

15) Selbst wenn der Schuldner schon erklärt hatte, von der alternativen Ermächtigung Gebrauch machen zu wollen. §§ 263 Abs. 2, 265 BGB. sind hier nicht anwendbar.

16) Vgl. Regelsberger in Ihering's Jahrb. Bd. 16 S. 159; Pescatore S. 269; Hellwig, Anspruch u. Klagerecht (1900) S. 101 ff.

17) Z. B. der Wandelungs- und Minderungsanspruch (§§ 462, 465 BGB.) aus demselben Thatbestande. S. o. Bd. I § 121 vor Note 16.

18) Vgl. Fr. Leonhard a. a. O. S. 33 ff.

die einer Partei), aber auch einem Dritten vorbehalten sein kann. Letzterenfalls kombinirt sich die Lehre des Wahlschuldverhältnisses mit unseren früheren Ausführungen über die Bestimmung der Leistung durch Dritte[19]). §§ 317 ff. BGB. Danach soll der Dritte im Zweifel nach billigem Ermessen wählen[20]). Dagegen ist das Wahlrecht der Parteien — des Schuldners (§ 262 BGB.) oder des Gläubigers — im Allgemeinen ganz frei: es darf also der Schuldner die schlechteste Alternative wählen, der Gläubiger sich das Beste aussuchen[21]). Die Wahl erfolgt durch einseitige Erklärung der wahlberechtigten Partei gegenüber dem anderen Theile[22]). § 263 Abs. 1. Sie beschränkt das Schuldverhältniß auf die gewählte Leistung, wie wenn diese die von Anfang an allein geschuldete wäre[23]). Abs. 2. Die Wahl ist also bindend[24]). — Dies schließt natürlich nicht aus, daß die Wahl (als Rechtsgeschäft) aus besonderen Gründen unwirksam ist[25]). Und aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ist zu entnehmen, zu welcher Zeit der Wahlberechtigte durch Ausübung der Wahl die Leistungspflicht auf eine besondere Leistung beschränken und dadurch dem Gläubiger die Gefahr der letzteren aufbürden kann[26]). Eine verfrühte Wahlerklärung kann vom anderen Theil als unwirksam zurückgewiesen werden.

a) Für mehrere Gläubiger oder Schuldner[27]) ist die Ausübung

---

19) S. o. § 146 zu Note 6 ff.

20) Insbesondere für Wahlvermächtnisse s. dazu noch § 2154 BGB. und unten das Erbrecht.

21) Das Wahlrecht der Parteien ist auch, wie deren Rechte aus dem Schuldverhältniß überhaupt, vererblich. Es kann auch durch Vertreter ausgeübt werden. Entgegenstehende Abmachungen sind aber zulässig.

22) S. o. Bd. I § 88. Bedingte Wahlerklärung ist regelmäßig ausgeschlossen. S. aber Leonhard S. 59.

23) Also ist die gewählte Leistung eine Spezies, so erhält das ganze Schuldverhältniß den Charakter der Speziesschuld. Der Gläubiger trägt die Gefahr der gewählten Leistung. S. o. § 147 Note 29 und § 150 gegen Ende. Z. B. das gewählte Pferd war mit einer tödtlichen Krankheit behaftet und verendet nach der Wahl. Der Gläubiger kann nicht das andere zur Wahl gestandene Pferd verlangen. — Ausnahmen vertheidigt Leonhard S. 30 und 63 ff.

24) Römisch konnte der Wahlberechtigte wegen der Einseitigkeit des Akts die Wahl ändern (er hatte ein ius variandi). Vgl. l. 138 § 1 Dig. de V. O. 45, 1. Dies ist mit Recht beseitigt, wie in zahlreichen anderen Fällen einseitiger Erklärungen. Eine exc. doli wird dadurch nicht ausgeschlossen.

25) S. o. Bd. I §§ 80 ff. Soweit sie unwirksam ist, führt sie auch keine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die gewählte Leistung herbei.

26) So insbesondere bei noch nicht fälligen Schulden. Leonhard a. a. O. S. 31 ff.; Enneccerus § 166 Ziff. 3 b.

27) Ingleichen mehrere Erben des Gläubigers oder Schuldners. S. o. Note 21. Mehreren Gegnern ist die Wahl insgesammt zu erklären. — Immerhin gelten auch diese Sätze des Textes nur insoweit im Schuldverhältniß nicht

der Wahl eine untheilbare Handlung. Die Wahl kann somit nicht wirksam stattfinden, wenn die Berechtigten sich nicht einigen. Wird aus diesem oder einem anderen Grunde die Wahl verzögert oder überhaupt nicht vorgenommen, so ist zu unterscheiden, ob der Schuldner oder Gläubiger das Wahlrecht hat. § 264 BGB.[28]).

α. Hat der Schuldner die Wahl und ist in Ausübung derselben säumig, so kann der Gläubiger nicht einfach die eine oder andere Alternative fordern. Der Schuldner verliert sein Wahlrecht auch durch wirklichen Verzug noch nicht. Der Gläubiger kann die Wahlschuld nur so wie sie vorliegt geltend machen, also wenn er den Schuldner verklagt, nur alternativ auf die eine oder andere Leistung klagen. Auch das Urtheil kann nur in dieser Weise ergehen. Kommt aber der Schuldner auch dem Urtheil nicht nach, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach Belieben auf die eine oder andere Leistung richten; vorbehaltlich des Rechts des Schuldners, auch jetzt noch bis zum wirklichen Empfang der einen Leistung[29]) oder eines Theiles derselben[30]) sich durch freiwilligen Vollzug der anderen Leistung von seiner Verbindlichkeit zu befreien[31]). Abs. 1. Bloßes Angebot der anderen Leistung genügt jetzt nicht mehr[32]).

---

ein Anderes bestimmt ist. Vgl. dazu Ubbelohde, Untheilb. Obl. S. 25; Pescatore S. 161, Schollmeyer zu § 263 Note 3.

28) Die ehemaligen Bestimmungen insbesondere des röm. Rechtes gingen nicht so weit. Zwar die Zwangsvollstreckung konnte auch gegen den wahlberechtigten Schuldner nur auf eine bestimmte Leistung gerichtet werden, der Gläubiger also diese schließlich wählen (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 12 S. 184); aber der Schuldner war gegen den wahlberechtigten Gläubiger sehr wenig geschützt, wenn dieser mit Vornahme der Wahl in Verzug gerieth (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 30 S. 99 u. Cit.). S. auch Mommsen, Beitr. Bd. 3 S. 259 ff., Wächter, Erörterungen Bd. 3 S. 117, Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 357 ff. und Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 13 S. 185, Pescatore S. 256 ꝛc.

29) Dem Empfang des Gläubigers steht der Empfang durch den vom Gläubiger beauftragten Gerichtsvollzieher gleich. S. §§ 815, 819, 883 CPO.

30) Weil der Gläubiger nicht gezwungen werden kann, Theilleistung bezw. von jeder der wahlweise geschuldeten Leistungen einen Theil anzunehmen.

31) Jede andere Auflösung der Bestimmungen des § 264 Abs. 1 ist gesucht und inkonsequent. Gesucht ist es, mit Stammler S. 138, die Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners in der Zwangsvollstreckung in eine Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers zu verwandeln, und daneben noch eine facultas alternativa des Schuldners zu stellen. Inkonsequent ist es überhaupt, das Wahlrecht als solches auf den Gläubiger übergehen zu lassen. Beruht die Wahlschuld auf Rechtsgeschäft (Vertrag, Vermächtniß), so wird dessen Inhalt einfach vergewaltigt; nicht minder wird das Urtheil vergewaltigt, das doch alternativ entschieden hatte. Das Exekutionsrecht des Gläubigers auf eine Leistung „nach seiner Wahl" (wie § 264 richtig und farblos sagt) folgt einfach aus der Nothwendigkeit der Exekution (da der Schuldner sich nicht jeder Leistung entziehen soll) und der Unzulässigkeit der Doppelexekution. Das materielle Wahlrecht des Schuldners bleibt bestehen bis es wegen effektiver

β. Hat der Gläubiger die Wahl, so liegt die Wahlerklärung nicht blos im außergerichtlichen Verlangen der einen Leistung, sondern auch in der auf diese gerichteten Klage[33]) oder sonstigen Prozeßeinleitung[34]). Bleibt dagegen der Gläubiger ganz unthätig, so kann ihn der Schuldner in Verzug setzen[35]). Dadurch verliert zwar der Gläubiger das Wahlrecht zunächst noch nicht; doch kann der Schuldner dem Gläubiger behufs Ausübung der Wahl eine angemessene[36]) Frist setzen[37]), nach deren fruchtlosem Ablauf das Wahlrecht auf den Schuldner übergeht[38]). § 264 Abs. 2[39]).

b) Hat jede Partei etwas zu leisten (wie bei Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen: s. u. §§ 168 ff.), so ist jede Partei zugleich

---

Durchführung der Zwangsvollstreckung seinen Inhalt verloren hat. Der Schuldner kann folglich durch Ausübung seines materiellen Rechts die Zwangsvollstreckung durchkreuzen, wie dies auch aus anderen Gründen möglich ist. Vgl. § 775 bes. Ziff. 5 CPO. Die einzige Einschränkung, die das Wahlrecht des Schuldners in diesem Stadium erfährt, ist, daß es nicht mehr blos wörtlich, sondern durch Realleistung auszuüben ist. In der Zwangsvollstreckung darf der Schuldner den Gläubiger nicht mehr durch Worte hinhalten.

32) S. den Schluß der vorigen Note. Der kritische Zeitpunkt hierfür ist der Beginn der Zwangsvollstreckung. Darüber s. §§ 704 ff. CPO. Behauptet der Schuldner, vorher die Wahl erklärt zu haben, so hat er dies zu beweisen. S. dazu Dernburg § 43 Note 14.

33) Wird die Klage später zurückgezogen, so bleiben die Folgen der Wahlerklärung bestehen. § 271 Abs. 3 CPO. steht nicht entgegen, da die Konzentration des Schuldverhältnisses nicht Folge der Klagerhebung sondern der darin liegenden Wahl ist.

34) Darüber s. o. Bd. I § 129. — Der Gläubiger kann hier nicht durch Anstellung einer alternativen Klage die Wahlerklärung vermeiden. Jur. Wochenschr. 1896 S. 655 Nr. 7, Dernburg § 43 Note 19.

35) In Annahmeverzug. S. unten § 163 bes. Note 12. Ueber die Art der Inverzugsetzung in diesem Falle s. daselbst zu Note 43 und § 295 BGB. Der Schuldner braucht nicht thatsächlich die mehreren Leistungsgegenstände zugleich anzubieten, da dies zu hart für ihn wäre, sondern kann ein wörtliches Anerbieten machen. — Wegen Kaufs mit Spezifikation s. o. § 146 Note 32 ff.

36) Das oben § 151 Note 8 ff. Gesagte findet entsprechende Anwendung. — Es handelt sich hier gegenüber der vorigen Note um eine zweite Erklärung: Aufforderung zur Wahl. Eine Verbindung beider Erklärungen ist aber zulässig. Dies folgt schon aus § 295 Satz 2 BGB., wonach das Angebot zwecks Inverzugsetzung in einer Aufforderung zur Wahl bestehen kann. Zustimmend Cosack § 84 Note 3a, Schollmeyer § 264 Note 2. A. M. Leonhard S. 4, Dernburg § 43 zu Note 18, Planck a. a. O. Dies ist zu formalistisch.

37) Ist die Aufforderung unthunlich, so wird man sagen müssen, daß das Wahlrecht nach Ablauf einer angemessenen Frist nach Feststellung der Unthunlichkeit der Aufforderung auf den Schuldner übergeht (weil letzterer sonst der Vortheile der Inverzugsetzung verlustig ginge). Vgl. Kohler im Archiv f. bürg. Recht a. a. O. S. 185, Dernburg § 43 Note 17.

38) Um ihm die Vortheile der Inverzugsetzung (Uebergang der Gefahr auf den Gläubiger, Hinterlegung des Schuldgegenstandes 2c.) zuzuwenden.

39) Im Gegensatz zu Abs. 1 ist hier unzweifelhaft von einer Uebertragung des Wahlrechts auf den Schuldner die Rede.

Gläubiger und Schuldner, wenngleich in verschiedenen Schuldverhältnissen[40]). Jedes der letzteren kann eine Wahlschuld sein. Die nicht wahlberechtigte Partei[41]) kann hier den Gegner je nachdem als Gläubiger oder als Schuldner behandeln[42]), ihn in Verzug setzen und aus dem Leistungs- oder Annahmeverzug die Konsequenzen ziehen[43]); z. B. von dem Vertrag zurücktreten, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder auch einfach auf der Gegenleistung bestehen und dadurch indirekt den Gegner zur Ausübung der Wahl nöthigen. Vgl. dazu noch § 322 Abs. 2 BGB. Die Klage erfolgt hier unter Erklärung der Bereitwilligkeit zur Leistung nach Wahl des Gegners. Sind für verschiedene Objekte verschiedene Preise festgesetzt, so kann der nicht wahlberechtigte Theil nach Anleitung des § 264 Abs. 1 alternativ auf den einen oder anderen Preis klagen und das Urtheil nach seiner Wahl vollstrecken, unter entsprechendem Angebot der bezüglichen eigenen Leistung. Dem Gegner steht es dann noch frei, sich zur Entgegennahme der anderen Leistung bei gleichzeitiger Zahlung des Preises dieser letzteren und der Mehrkosten der Erfüllung zu erbieten[44]).

4. Die Erfüllung der einen wahlweise geschuldeten Leistung tilgt selbstverständlich das Schuldverhältniß, wenn der Schuldner der Wahlberechtigte war oder der Gläubiger bei der Erfüllung mitwirkte. Letzterenfalls liegt regelmäßig ein Vertrag über die Beschränkung der Schuld auf diese Leistung vor. Ein solcher Vertrag kann auch unabhängig von der Erfüllung geschlossen werden und steht hinsichtlich der Zulässigkeit und Wirkung unter den allgemeinen Grundsätzen[45]). — Die Erfüllung seitens des wahlberechtigten Schuldners tilgt aber die Wahlschuld auch dann, wenn sie keine dem Gläubiger gegenüber erfolgende Handlung ist (also den Erfordernissen der Wahlerklärung nicht entspricht)[46]). Liegt (wie wohl meist) darin zugleich

40) S. u. § 167 Ziff. I.

41) Die Anwendung des § 262 BGB. führt hier nicht stets zu einem sicheren Ergebniß. Soweit eine besondere Bestimmung fehlt, ist nach dem vermuthlichen (durch Auslegung zu ermittelnden) Vertragsinhalt zu entscheiden.

42) Auch deshalb, weil er unter Umständen (z. B. nach § 433 Abs. 2 BGB.) zur Annahme verpflichtet ist. Mindestens aber schuldet er regelmäßig die Gegenleistung.

43) S. u. §§ 161 ff., 163 ff., 170 ff.

44) Arg. § 264 Abs. 1 i. f. und oben Note 31 ff.

45) Er kann die Konzentration mit rückwirkender (arg. § 263 Abs. 2) oder nicht rückwirkender Kraft herbeiführen.

46) Nur muß die Leistung durchaus obligationsmäßig sein, also vollständig und am richtigen Orte (s. u. § 155) erfolgen. — Das Gesagte folgt aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses, so wie der letztere sich als Regel darstellt. Es bedarf daher in dieser Hinsicht keines besonderen Ausspruchs des Gesetzes.

eine Wahlerklärung, so wirkt die letztere auch wenn die Leistung (z. B. als Theilleistung) nicht angenommen wird. — Hat der Schuldner irrthümlich mehrere der alternativen Leistungen bewirkt, so ist durch Vollzug und Annahme der doppelten Leistung allein die Wahl noch nicht vollzogen; der Wahlberechtigte kann die Wahl also noch nachholen, und der Schuldner fordert, nachdem dies geschehen, die nicht geschuldete andere Leistung nach allgemeinen Grundsätzen zurück[47]). Dasselbe gilt, wenn der Schuldner irrthümlich die eine Leistung gemacht hat, in der Meinung, nur zu dieser verpflichtet gewesen zu sein. Hier ist nach richtig vollzogener Wahl unter Angebot der gewählten Leistung[48]) die andere zurückzufordern[49]).

5. Außerdem tritt eine Konzentration der Wahlschuld noch dadurch ein, daß eine oder einige der verschiedenen alternativen Leistungen unmöglich sind oder unmöglich werden[50]). § 265 BGB.

a) Etwas von vornherein Unmögliches kann nicht geschuldet werden[51]): das Schuldverhältniß beschränkt sich also hier von selbst auf die möglichen Alternativen. Vgl. § 306 BGB. Doch kann auch hier der Gegner eventuell für sein getäuschtes Vertrauen in das Zustandekommen der anderen Alternative das sog. negative Geschäftsinteresse fordern[52]). § 307 i. f.

Anders, wenn sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergibt, daß der Gläubiger auf Benachrichtigung nicht verzichten wollte.

47) Eine schiefe Auffassung hatte hier das Preuß. A.LR. I Tit. 16 § 192 (es bestehe hinsichtlich der Rückgabe ein Wahlrecht des Empfängers).

48) Dies folgt aus dem Prinzip von Treu und Glauben. Dernburg § 43 Ziff. 11.

49) Condictio indebiti, wie im vorhergehenden Falle (s. u. §§ 317 ff.). Vgl. auch Bernstein S. 60; Pescatore S. 166. — Ueber Irrthum in der Wahlerklärung s. o. Note 25.

50) S. dazu noch Zimmern im Archiv f. civ. Praxis Bd. 1 S. 309; Fuchs das. Bd. 34 S. 235; Mommsen, Beiträge I (1853) § 26; Ryk S. 239, 250. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen (1900) S. 26 ff., 101 ff.; Titze, Unmöglichkeit (1900) S. 195 ff., 223; Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen (1900) S. 224.

51) Vgl. u. § 166 u. bereits l. 138 Dig. de V. O. 45, 1. — Dem physisch Unmöglichen steht nach allgemeinen Grundsätzen das rechtlich Unmögliche gleich. S. o. § 145 Ziff. 2.

52) S. o. § 151 zu Note 25 ff. und § 166 zu Note 15 ff. Titze a. a. O. S. 231 ff. Die Vorschrift der „entsprechenden Anwendung" in diesem Falle (§ 307 Abs. 2 BGB.) ist allerdings vage genug. Ein Schaden kann kaum vorliegen, wenn der Getäuschte nicht zugleich nach Inhalt des Schuldverhältnisses der Wahlberechtigte war. Wie die culpa überhaupt (s. u.), so wird auch die culpa in contrahendo durch das dem Betreffenden zustehende Wahlrecht gedeckt. — Unter der entsprechenden Voraussetzung liegt dann der negative Schaden in etwaigen Aufwendungen des Getäuschten für die unmögliche Alternative, Versäumung anderweitigen Erwerbs des Gegenstandes während dessen Preis inzwischen gestiegen ist u. dgl. (nicht im verlorenen Wahlrecht selbst: dieser

b) Die nachfolgende Unmöglichkeit der einen Leistung beschränkt das Schuldverhältniß auf die andere Alternative[53]) falls die Unmöglichkeit von keiner Partei zu vertreten ist[54]). Denn andernfalls kann an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung die Verpflichtung zu Schadensersatz treten (sodaß also wahlweise die andere Leistung, und für die unmöglich gewordene Ersatz geschuldet wird). Dabei muß ferner selbst ein wirkliches Verschulden des einen oder anderen Theils durch das ihm zustehende Wahlrecht gedeckt werden. Denn der Wahlberechtigte hat die Befugniß, statt der unmöglich gewordenen Leistung die andere zu bewirken[55]).

α. Liegt somit Schuld[56]) und Wahlrecht auf Seiten des Verpflichteten, so konzentrirt sich das Schuldverhältniß auf die noch mögliche Leistung, und Ersatzansprüche des Gläubigers kommen nicht in Frage[57]). Der Schuldner darf dem Gläubiger nicht statt der noch möglichen Leistung Ersatz für die unmöglich gewordene aufdringen. Wird danach aber auch die andere Leistung unmöglich, so ist zu unterscheiden, ob dies wiederum durch ein vom Schuldner zu vertretendes Verhalten geschehen ist oder nicht. Im ersteren Falle bleibt es einfach bei den Wirkungen der eingetretenen Konzentration. Es hat also der Schuldner für die letzte Leistung Ersatz zu geben. Ist dagegen die letzte Leistung ohne Schuld des Verpflichteten unmöglich geworden, so darf man aus § 265 nicht schließen, daß er nun gar nicht hafte, weil die letzte Leistung auf Gefahr des Gläubigers steht[58]). Vielmehr ist aus allgemeinen Grundsätzen zu folgern, daß der Schuldner für sein gesammtes obligationswidriges Verhalten haftet: also auch dafür, daß er dem Gläubiger durch seine frühere That die Gefahr zuschob, die nachher durch Eintritt des Zufalls in Verletzung des

---

Schaden wäre = dem positiven Erfüllungsinteresse. S. u. lit. β.) Ueber das negative Interesse s. noch oben Bd. I § 92 nach Note 10.

53) Oder die mehreren sonstigen Alternativen. Davon wird der Vereinfachung halber nicht weiter die Rede sein.

54) Bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit („Zufall") wird der Schuldner frei. § 275 BGB. Es bleiben also nur die anderen Leistungen als Gegenstand der Wahlschuld übrig. S. schon l. 34 § 6 Dig. de contr. emt. 18, 1 und oben § 150 i. f.

55) Leider stimmt § 265 BGB. mit diesem klaren Prinzip nicht ganz überein. S. u. Note 60—62.

56 Ueberhaupt jedes nach §§ 275 ff. zu vertretende Verhalten. Wir reden der Kürze halber hier von „Schuld".

57) S. jedoch für den Fall des Unmöglichwerdens auch der zweiten Leistung die nachfolgenden Ausführungen.

58) Arg. § 275 BGB. in Verbindung mit der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung bei der Wahlschuld. S. o. Note 8.

Gläubigers umschlug[59]). Hierfür ist der Schuldner ersatzpflichtig; und zwar m. E. so, daß ihm das Wahlrecht der Ersatzleistung für den einen oder anderen Schuldgegenstand verbleibt[60]). — Hat der wahlberechtigte Gläubiger den Untergang des einen Schuldgegenstandes zu vertreten, so müßte dieser einfach als von ihm gewählt gelten, sodaß der Gläubiger nichts mehr zu fordern und nichts zu ersetzen hätte. Doch konzentrirt sich das Schuldverhältniß nach § 265 der Regel nach[61]) hier auf den anderen Gegenstand[62]).

β. Hat der Gegner des Wahlberechtigten die Unmöglichkeit der einen Leistung zu verantworten, so tritt keine Konzentration ein (§ 265 S. 2), vielmehr behält der Berechtigte hier sein Wahlrecht. Derselbe kann sich danach auch für die untergegangene Leistung entscheiden, und demgemäß als Schuldner von der Verpflichtung lossagen (der Gläubiger kann nicht unter Ersatzangebot für diese Leistung die andere verlangen). § 275 BGB. Dagegen kann der Schuldner auch die andere Leistung wählen, also diese bewirken und gleichzeitig für die untergegangene Leistung Ersatz fordern. Umgekehrt kann der wahlberechtigte Gläubiger nach Belieben die noch mögliche Leistung oder Ersatz für die untergegangene verlangen. Sind beide Leistungen durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, so kann der Gläubiger wahlweise Ersatz der einen oder anderen begehren.

---

59) Zwar könnte man sagen, daß auch durch Wahlerklärung des Schuldners dem Gläubiger die Gefahr für den letzten Leistungsgegenstand aufgebürdet werden konnte, und daß er dann (arg. § 275 BGB.) nichts erhielt, wenn dieser Gegenstand ohne Schuld des Debitors unterging. Aber schuldhaftes Zugrundegehenlassen der ersten Leistung steht einer solchen Erklärung nicht gleich. Anders, wenn in der Absicht zu wählen, praesente adversario der eine Gegenstand vom Schuldner vernichtet wurde.

60) Vgl. schon l. 95 § 1 Dig. de sol. et lib. 46, 3. Nimmt man § 265 wörtlich, so haftet der Schuldner überhaupt nicht, was gegen Treu und Glauben verstößt. — Danach kann der Schuldner wenigstens verlangen, so behandelt zu werden, als seien beide Gegenstände durch sein Verschulden untergegangen.

61) Ist die Leistung, wie häufig, nur theilweise unmöglich geworden, so muß dem Gläubiger die Wahl gelassen werden, gegen Entrichtung der vollen Gegenleistung sich mit dem Rest der theilweise unmöglich gewordenen Leistung zu begnügen. — So auch in den Fällen, wo die theilweise Unmöglichkeit von keiner Seite zu vertreten ist. Titze S. 207, 209.

62) Wogegen der erstere selbstverständlich nach allgemeinen Grundsätzen zu ersetzen ist. — Ueber die Prinzipwidrigkeit und praktische Unbilligkeit dieser Bestimmung äußert sich mit Recht Titze S. 208 ff. Die Folge ist, daß z. B. wer in einem Laden wahlweise 2 Gegenstände kauft und im Herausgehen den einen zerbricht, den zerbrochenen ersetzen und den anderen noch dazu kaufen muß. In den Prot. Bd. 2 S. 283 wurde darüber, als man mit dem gesetzlichen Ausdruck rang, als über eine Frage von „untergeordneter Bedeutung" hinweggegangen. Abhülfe kann unter Umständen das in der vorigen Note Gesagte schaffen.

V. Sonstiger Inhalt des Schuldverhältnisses.

§ 154.

A. Vollständigkeit — Subjekt der Leistung.

Die geschuldete Leistung ist **vollständig** zu bewirken. Denn nur so läßt sich der wirthschaftliche Zweck des Schuldverhältnisses [1]) erreichen [2]). Erscheint dieser Zweck aber in **concreto erreicht**, so darf **die Leistung vom Inhalt des Schuldverhältnisses abweichen**. Im Einzelnen ergibt sich:

1. Der Schuldner ist zu **Theilleistungen** nicht berechtigt. § 266 BGB. [3]) Doch ist dies auch nur ein Prinzip. Aus den Vorschriften über die Bewirkung der Leistung nach Treu und Glauben (oben § 142) kann sich z. B. die Nothwendigkeit der Leistung in Abschnitten ergeben [4]); die Aufrechnungsbefugniß [5]) führt vielfach zur Theilerfüllung. Vgl. § 389 BGB. Zahlreiche gesetzliche Vorschriften sanktioniren die Theilleistung geradezu [6]). — Zur Vollständigkeit der Leistung gehört regelmäßig auch die Tragung der **Kosten**, welche die Leistung verursacht [7]). Im Uebrigen ist der Inhalt des Geschuldeten durch **Auslegung** zu ermitteln. Es kommt nicht blos der ursprüngliche Schuldgegenstand in Betracht, sondern unter Umständen auch Schadensersatz für Unmöglichkeit oder Verzögerung seiner Lieferung [8]).

2. Der Schuldner hat **nicht unbedingt persönlich zu leisten** [9]), sondern nur dann, wenn es nach dem wirthschaftlichen Zweck des Schuldverhältnisses dabei **auf seine Person ankommt**. In diesem Falle wäre die Leistung durch einen Anderen eine qualitativ andere Leistung [10]).

---

1) S. o. § 138.

2) Vgl. G. **Hartmann**, Die Obligation (1875).

3) Ein allgemeiner Satz der älteren Rechte, gegen den **Brachvogel** im Archiv f. bürg. Recht Bd. 8 S. 334 ohne genügende Begründung ankämpft. — Aus § 266 folgt hauptsächlich, daß der Gläubiger durch Weigerung der Annahme nicht in Annahmeverzug (s. u. §§ 168 ff.) geräth.

4) In Weigerung der Annahme einer Theilleistung kann unter Umständen Chikane liegen. § 226 BGB.

5) S. u. §§ 191 ff.

6) So beim Theilurtheil (§ 301 CPO.), in der Zwangsvollstreckung, im Konkurs (Konkursdividende), beim Wechsel (Art. 38, 98 WO.).

7) Dagegen sind die Kosten der **Quittung** (§ 369) und die Kosten der **Abholung** der Leistung vom Erfüllungsort (s. u. § 155) zu Lasten des Gläubigers. Vgl. § 270 BGB.

8) Darüber s. insbesondere unten §§ 158 ff.

9) S. dazu **Oertmann**, Die Zahlung fremder Schulden i. Archiv f. civ. Praxis Bd. 82 S. 367.

10) Beispiele: beim Dienstvertrag (§ 613 BGB.), bei Auftrag, Ver-

Sonst aber kann auch ein Dritter[11]) die Schuld abtragen[12]), und der Gläubiger die Leistung nicht um deswillen zurückweisen, weil sie von einem Anderen als dem Schuldner kommt[13]). Auch nicht unter dem Vorwand, daß die Einwilligung des Schuldners nicht eingeholt sei oder daß die Leistung den Interessen des Schuldners widerspreche! Umgekehrt kann der Schuldner seine Befreiung durch Leistung des Dritten nicht verhindern, wenn der Gläubiger sie annimmt[14]). *Nur wenn Gläubiger und Schuldner darüber einverstanden sind, die Leistung des Dritten nicht zuzulassen, kann sie nicht erfolgen*[15]). § 267.

Demgegenüber besteht aber ein *selbständiges Recht des Dritten auf Leistung für den Schuldner* (ohne Rücksicht auf jenen Widerspruch), wenn der Dritte ein eigenes *rechtliches Interesse* an der Befriedigung des Gläubigers hat. Das ältere Recht erkannte ein solches Interesse nur in vereinzelten Fällen an[16]): unser Gesetz hat das Prinzip ausgestaltet[17]). § 268. Nicht nur ein Pfandgläubiger, sondern *Jeder, der durch die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand Gefahr läuft, ein Recht an diesem Gegenstande*[18]) *oder den Besitz*[19]) *zu verlieren*, ist

---

wahrung, Gesellschaft (§§ 664, 691, 713 BGB.), bei Zahlung fremder Geldstrafen (Oertmann a. a. O. S. 392 u. Cit.).

11) Auf besonderen Grundsätzen beruhen, also nicht hierher gehörig sind die Fälle, da der Leistende *nicht das bestehende Schuldverhältniß erfüllen will*, sondern z. B. leistet, um es durch Kauf 2c. *an sich zu bringen* (s. u. §§ 197 ff.). Hier macht er gar nicht die Leistung des Schuldners, sondern zahlt einfach einen Preis, der sich nach Angebot und Nachfrage richtet. Ebensowenig gehört hierher der Fall, wenn Jemand als *Gesammtschuldner, Bürge* u. dgl. *zunächst auf die eigene Schuld* leistet und dadurch mittelbar zugleich eine fremde Schuld tilgt. Oertmann a. a. O. S. 378 ff. Selbstredend ist auch der Stellvertreter (Bd. I §§ 103 ff.) des Schuldners kein Dritter.

12) Nur *wirkliche* Leistung ist gemeint. Auf ein *Leistungsversprechen, Aufrechnung* 2c. des Dritten braucht sich der Gläubiger nicht einzulassen. S. jedoch §§ 268, 1142 Abs. 2, 1249 BGB.

13) D. h. er geräth durch Zurückweisung in Annahmeverzug. S. u. § 163. Aber *hinterlegen* (s. § 189 Note 1) kann nach den Grundsätzen der vorigen Note regelmäßig *nur der Schuldner*, nicht der Dritte; wie auch die sonstigen Folgen des Annahmeverzugs *zu Gunsten des Schuldners*, nicht des Dritten eintreten.

14) Hier auch nicht, wenn der Gläubiger etwas *anderes* als das Geschuldete an Erfüllungsstatt annimmt.

15) Dies ist aus dem Preuß. Recht entnommen (Pr. A.L.R. I Tit. 16 § 51) und erklärt sich aus praktischen Rücksichten.

16) S. die Fälle unten § 201 Note 15 ff.

17) Der § 268 BGB. beruht auf einem Beschluß des Bundesraths. *Stammler* a. a. O. S. 201 ff.; *Weißbart*, Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung (1899).

18) Z. B. Pfandrecht, Nießbrauch. Rechte an einem Gegenstand sind dingliche Rechte. Als Titel auf dinglichen Rechtserwerb genügt eine Vormerkung im Grundbuch.

19) Z. B. als Miether, Pächter, Entleiher. Es genügt auch mittelbarer Besitz.

berechtigt, den Gläubiger abzufinden; und zwar regelmäßig sogar nicht blos durch Baarzahlung[20]), sondern auch durch Hinterlegung[21]) und Aufrechnung. Der Vortheil der Abfindung liegt für den Dritten darin, daß in Höhe der Abfindung die Rechte des Gläubigers auf den Dritten übergehen, — und zwar unmittelbar kraft Gesetzes. § 268 Abs. 3. Wir reden hier von Subrogation[22]). Bei theilweiser Abfindung tritt die Subrogation auch nur zu dem entsprechenden Theil ein[23]). Der Dritte hat hier sogar[24]) ein Recht auf theilweise Befriedigung des Gläubigers, wenn letzterer die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand auch nur für einen Theil seines Anspruchs betreibt. Denn das Interesse des Dritten geht nicht weiter als zur Auslösung des Gegenstandes. Anderseits beschränkt sich der Eintritt des Dritten in die Rechte des Gläubigers auf den Rahmen der Abfindung. Für den Rest behält der Gläubiger seine Rechte, und geht mit diesen dem Dritten vor. § 268 i. f.[25]).

Auf Grund des gesetzlichen Uebergangs der Gläubigerrechte kann sich der Dritte nach Abwendung der Gefahr durch Geltendmachung jener Rechte erholen[26]).

Abgesehen davon folgt aus der Leistung des Dritten ein persönliches Regreßrecht des letzteren wider den Schuldner[27]) nach allgemeinen Grundsätzen, wenn er im Auftrage des Schuldners oder als dessen Geschäftsführer handelte[28]). Vgl. §§ 670, 683 BGB. Bei vorgängigem Widerspruch des Schuldners beschränkt sich der Anspruch regelmäßig[29]) auf die vorhandene Bereicherung des Schuldners aus der Leistung. § 684. Dagegen entfällt jeder Anspruch des Leistenden, wenn er nicht die Absicht hatte, für seine Leistung Ersatz zu verlangen. § 685[30].

---

20) S. o. Note 12.

21) Insbesondere wenn die Abfindung vom Gläubiger nicht angenommen wird. Die §§ 372 ff. BGB. sind vom Dritten zu beobachten.

22) S. u. § 201 Ziff. II.

23) Der Uebergang erfolgt aber (ganz oder pro parte) in das gesammte Recht des Gläubigers, also einschließlich der Nebenrechte. S. §§ 401, 412 BGB.

24) Entgegen der Regel Ziff. 1 oben.

25) S. darüber ausführlich unten § 201 II Ziff. 2b.

26) Gegenüber dem Schuldner. Dann aber auch gegenüber den etwaigen Sicherheiten der Forderung (Bürgen und Pfändern). Darin liegt der Hauptvorzug des Uebergangs.

27) Ueber den Unterschied von Schadensersatz und Regreß, s. im Allgemeinen v. Tuhr, Actio de in rem verso (1895) S. 25, 33.

28) S. über Auftrag und nützliche Geschäftsführung unten §§ 253 ff.

29) S. jedoch § 679 BGB.

30) Diese Bestimmung geht weiter als der allgemeine Grundsatz: cuius per

B. Ort und Zeit der Leiſtung.

§ 155.

1. Leiſtungsort*.

Die Leiſtung muß, um vollſtändig zu ſein, am richtigen Orte erfolgen. Dieſen Ort nennt man den Leiſtungsort. § 269 BGB. Derſelbe iſt für jedes Schuldverhältniß zu beſtimmen. An dieſem Orte iſt der Schuldner zu leiſten verpflichtet, an keinem anderen Orte iſt er zu leiſten berechtigt und verpflichtet[1]). An dieſem Ort kann er die Leiſtung mit rechtswirkſamer Kraft dem Gläubiger anbieten[2]). Hier beſteht ein Gerichtsſtand für das Schuldverhältniß[3]), und nach ihm richtet ſich unter Umſtänden das darauf anzuwendende Recht[4]). Ueber die Bedeutung des Erfüllungsorts für die Beſchränkung der Gattungs- und Wahlſchuld auf eine beſtimmte Leiſtung ſ. o. §§ 147 u. 153.

I. Die Beſtimmung des Leiſtungsortes erfolgt

1. nach dem beſonderen Inhalt des Schuldverhältniſſes.

---

errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio. Weder die Schenkungsform noch Annahme des Schuldners (§ 516 BGB.) iſt erforderlich. Man denke z. B. an den Fall, daß der Schuldner der Leiſtung widerſprochen hatte.

*) Vgl. Reatz, Die Lehre vom Erfüllungsort (1862); Gruchot, Die Lehre von der Zahlung der Geldſchuld (1871); J. Burchard, Zur Lehre vom Erfüllungsort (1880); Schefold, Erfüllungsort und Gerichtsſtand der Erfüllung im Archiv f. civ. Praxis Bd. 87 S. 149. — Dernburg §§ 50—53; Endemann I § 134; Coſack § 103; Mathiaß I § 82; Enneccerus § 172.

1) Daher entſcheidet z. B. bei Nichterfüllung des Schuldverhältniſſes für den Schadenserſatz der Werth des Leiſtungsgegenſtands an dieſem Orte. Die Leiſtung an einem anderen Ort iſt Theilleiſtung oder überhaupt nicht die geſchuldete Leiſtung. Dieſelbe braucht daher vom Gläubiger nicht angenommen zu werden und ſchützt den Schuldner nicht vor den Verzugsfolgen.

2) D. h. mangels Annahme an dieſem Orte geräth der Gläubiger in Annahmeverzug. S. u. § 163. Nur bei Geldſchulden kann ſich aus der eventuellen Ueberſendungspflicht des Geldes (§ 270 BGB.) unter Umſtänden ein Anderes ergeben. S. darüber unten Ziff. II.

3) In Folge der durch die Lokaliſation der Leiſtungspflicht gegebenen Lokaliſation der Obligation ſelbſt. S. § 29 CPO. (das Prozeßgeſetz redet im Gegenſatz zum Bürgerlichen Geſetzbuch vom „Erfüllungsort“). — Das bürgerliche Recht beſtimmt den Erfüllungsort und dieſer beſtimmt den Gerichtsſtand; nicht wird der Erfüllungsort durch den Gerichtsſtand beſtimmt. Theilweiſe a. M. waren für das gemeine Recht Windſcheid, Pand. § 282 Note 5, Wetzell, Civilprozeß § 41 Ziff. I. Aber die römiſchrechtlichen Anſchauungen lagen ſchon dem gemeinen Recht nicht mehr zu Grunde. Wenn der Gläubiger an einem anderen Orte als dem Leiſtungsort klagt (z. B. § 12 CPO.), geht das Urtheil nur auf Leiſtung am (civiliſtiſch zu beſtimmenden) Erfüllungsorte. Die röm. Grundſätze über Verurtheilung zur Leiſtung am Klagort unter Berückſichtigung des ſog. interesse loci ſind beſeitigt.

4) S. darüber oben Bd. I § 27 Note 34, § 28 Note 44.

§ 269 zu Anfang. Die Bestimmung kann eine direkte[5]) oder indirekte: aus den Umständen des Falles sich ergebende sein[6]). Insbesondere wird die Natur der Leistung selbst nicht selten unmittelbar auf einen bestimmten Ort der Vornahme hinweisen, indem sie anderwärts überhaupt nicht oder nicht in der richtigen Art und Weise geschehen könnte[7]). In Ermangelung solcher direkten Anhaltspunkte ist der muthmaßliche Wille der Parteien[8]) durch Auslegung zu ermitteln[9]); bei nicht auf Rechtsgeschäft beruhenden Schuldverhältnissen aus deren Sinn und Zweck bezw. aus den allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte[10]).

2. Ist der Erfüllungsort in dieser Weise nicht besonders bezeichnet, so bestimmt ihn subsidiarisch das Gesetz. Denn es erscheint nicht angängig, in diesem Punkt dem Schuldner völlige Freiheit zu lassen[11]). Die gesetzliche Bestimmung des Erfüllungsorts erfolgt ent-

---

5) Gegen diese kann aus § 269 BGB. bezw. aus einer angeblichen anderweitigen Bestimmung „nach Maßgabe der Umstände" kein Argument hergeleitet werden. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 113 ff. Vorbehaltlich jedoch des Grundsatzes des § 133 BGB.

6) So kann in mehreren successiven Zahlungen, die der Gläubiger an einem anderen als dem gesetzlichen oder bedungenen Zahlungsorte annimmt, unter Umständen ein Verzicht auf den ursprünglichen und Festsetzung eines neuen Zahlungsortes liegen. S. auch die gut motivirte Entsch. d. RG. Bd. 22 S. 55 ff. Ueber Stillschweigen auf Abänderungsvorschläge s. Bd. I § 86 gegen Ende.

7) Z. B. bei faktischen Leistungen aller Art, die sich auf ein bestimmtes Grundstück beziehen, Reparaturen eines Gebäudes, Verträge auf öffentliche Schaustellungen u. dgl. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 111.

8) Hiernach sind unter Umständen auch individuell bestimmte bewegliche Sachen, die sich (ohne Verschulden des Debitors) an einem dritten Orte befinden, am Orte ihrer Lage zu leisten. Eine gesetzliche Regel dieses Inhalts (vgl. l. 38, 52 § 3 Dig. de iud. 5, 1; l. 12 § 1 Dig. dep. 16, 3; l. 25 Dig. de peric. 18, 6 etc. Art. 324 Abs. 2 des alten HGB.) gibt es aber nicht mehr. — Geliehene Sachen sind regelmäßig dem Verleiher zurückzubringen.

9) S. darüber oben Bd. I § 91. Handelt es sich um vertragsmäßige Verbindlichkeiten, so hat die betreffende Festsetzung den Charakter einer Nebenbestimmung; es ist also Willensübereinstimmung erforderlich. Ob diese vorliegt, ist Thatfrage. Wichtig ist außer einem bestimmten einschlägigen, den Parteien beiderseits bekannten Geschäftsgebrauch (vgl. Crome in Jhering's Jahrb. Bd. 39 S. 364 ff. zu Note 3), wiederum die Rücksicht auf die Beschaffenheit der Leistung (vgl. z. B. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 93) und die Verkehrssitte. S. z. B. oben § 147 Note 43. — Aus der Uebernahme der Transportkosten des Leistungsgegenstands bis zu einem gewissen Orte allein ist nicht zu schließen, daß dieser Ort der Leistungsort sein solle. S. § 269 Abs. 3 und unten Ziff. 2 i. f. über den Bestimmungsort. Von größerer Bedeutung ist die Uebernahme der Transportgefahr (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 112).

10) S. § 142 oben. Z. B. versteht es sich von selbst, daß der Dieb die gestohlenen Sachen zurückzubringen hat; der Bestohlene braucht sie nicht bei ihm abzuholen. Der Wiederherstellungspflicht (oben § 151) ist nur genügt, wenn die Herstellung auch hinsichtlich des Ortes erfolgt.

11) Wie es nach den allgemeinen Grundsätzen der Fall sein müßte, wenn nichts bestimmt (das vinculum obligationis in dieser Hinsicht nicht straffer angezogen)

weder durch besondere Vorschrift für einzelne Fälle (s. z. B. §§ 604, 697, 700, 811 BGB.) oder durch eine allgemeine Regel. Diese enthält § 269. Dort ist die Norm für den allgemeinen gesetzlichen Erfüllungsort, die immer anwendbar ist falls besondere Festsetzungen[12]) fehlen[13]). Danach ist der Erfüllungsort in letzter Linie stets an dem Orte, wo der Schuldner bei Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz[14]) — resp. bei Verbindlichkeiten, die im Gewerbebetrieb des Schuldners entstanden sind, wo er zu dieser Zeit seine gewerbliche Niederlassung[15]) hatte. Das Gesetz fixirt hier den Vortheil der Unbestimmtheit der Verbindlichkeit für den Schuldner in der Art, daß er da zu leisten hat, wo es ihm in der Regel[16]) am bequemsten ist. In Ermangelung eines Wohnsitzes wird auch im Sinne dieser Vorschrift der Aufenthaltsort des Schuldners zur Zeit der Entstehung der Verbindlichkeit an die Stelle des Wohnsitzes treten. Bei juristischen Personen entscheidet deren Sitz[17]). Besteht ein mehrfacher Wohnsitz ꝛc., so wird zunächst wieder nach den Regeln zu Ziff. 1 der Erfüllungsort aufzusuchen sein[18]); eventuell ergeben sich daraus mehrere Leistungsorte[19]).

---

wäre. Das röm. Recht bestimmte umgekehrt, daß der Gläubiger diesenfalls an jedem Orte fordern könne, wo er den Schuldner belangen konnte (vgl. l. 22 Dig. de reb. cred. 12, 1). Ueber die Unannehmbarkeit des letzteren Satzes für uns s. schon oben Note 3.

12) Nach der obigen Skala: Parteifestsetzung (direkte oder indirekte), besondere Gesetzesvorschrift ꝛc. — Die Beweislast ruht auf demjenigen, der die besondere Festsetzung behauptet.

13) Vorbild war im Wesentlichen das alte deutsche Handelsgesetzbuch Art. 324 ff.

14) S. o. Bd. I § 46. — Spätere Aenderung des Wohnsitzes ist unerheblich. Der Schuldner kann durch sie den einmal begründeten Erfüllungsort so wenig verändern, wie im Fall der Note 8—9 einen solchen durch einseitige Erklärung schaffen.

15) Eine gewerbliche Niederlassung ist nicht jeder Fabrikations-, Geschäfts- oder Versandort, sondern ein wirklicher Gewerbssitz (nur ein solcher bildet das Korrelat des gewöhnlichen Wohnsitzes). Dazu sind dauernde Einrichtungen erforderlich, welche den betreffenden Ort zu einem gesonderten Mittelpunkt des gewerblichen Lebens des Schuldners stempeln. Vgl. auch § 21 CPO., der diesen Ort gleichfalls auszeichnet.

16) Auf den Umstand, daß es ihm zufällig in concreto an einem anderen Orte noch bequemer ist, wird bei der allgemeinen Vorschrift keine Rücksicht genommen. Sonst wäre die gesetzliche Bestimmung überhaupt unmöglich. Als Orte dieser Art könnten z. B. in Betracht kommen der Aufenthaltsort des Schuldners oder der zu liefernden Sache, wenn letztere sich anderswo befindet z. B. an einem anderen Orte lagert. Beide Orte können unter Umständen (nach Maßgabe der Regeln zu Ziff. 1) den gesetzlichen Erfüllungsort ausschließen (s. o. Note 8), andernfalls bleiben sie unberücksichtigt.

17) In weitaus den meisten Fällen wird ein Ort der gewerblichen Niederlassung vorhanden sein. Ueber den Sitz der jur. Personen s. o. Bd. I § 48 Ziff. 3.

18) Z. B. es ist derjenige Wohnsitz, diejenige Gewerbsniederlassung maß-

Mangels besonderer Bestimmung sind hiernach alle Schulden Holschulden. D. h. der Gläubiger hat die Leistung abzuholen, nicht hat der Schuldner sie ihm zu bringen oder zu schicken[20]). Immerhin kann das Bringen oder Schicken an einen anderen Ort vom Schuldner besonders übernommen sein, ohne daß dadurch der gesetzliche Erfüllungsort verändert[21]), die Schuld zu einer Bringschuld wird. Arg. § 269 Abs. 3. Vielmehr besteht nur eine Nebenverpflichtung auf die Uebersendung, während die rechtliche Bedeutung des Erfüllungsorts im Uebrigen bestehen bleibt. Den Ort, an welchen der Schuldgegenstand in dieser Weise zu verbringen ist, nennt man den Bestimmungsort[22]). Wo Erfüllungs- und Bestimmungsort beabsichtigermaßen auseinanderfallen, reden wir von Distanzgeschäften. Hauptfall ist der Distanzkauf (oder Versendungskauf). S. § 447 BGB.[23])

II. Eine allgemeine Uebersendungspflicht stellt das Gesetz für Geldleistungen auf. § 270 BGB. Dies entspricht dem älteren Recht[24]) und den Verkehrsgrundsätzen. Eine Geldzahlung soll regelmäßig dem Gläubiger gebracht werden; er braucht sie sich nicht beim Schuldner abzuholen. Allerdings ist auch diese Vorschrift nur dispositiv[25]);

---

gebend, in deren Verwaltungs- oder Geschäftsressort die betreffende Verbindlichkeit fällt.

19) Ueber die Behandlung des Schuldverhältnisses in diesem Falle s. u. Ziff. III.

20) An seinen Wohnsitz resp. gewerblichen Niederlassungsort ꝛc. — Eine solche Verpflichtung besteht regelmäßig nicht. Also z. B. die Kosten der Versendung hat der Gläubiger zu tragen, — die Nichtübersendung zur Zeit der Fälligkeit bringt mangels besonderer Bestimmung den Schuldner nicht in Verzug. Erfüllungsinteresse, Gerichtsstand, das internationalprivatrechtlich auf das Schuldverhältniß anzuwendende Recht, soweit letzteres vom Erfüllungsorte abhängt, bestimmen sich nach dem Wohnsitz ꝛc. des Schuldners. S. ferner für Gattungs- und Wahlschulden oben § 147 Note 41 und § 153 Note 46.

21) Es würde dann (s. Ziff. 1) an Stelle des gesetzlichen ein anderweitiger Erfüllungsort gesetzt, was selbstverständlich auch zulässig ist. Ob das Eine oder Andere gewollt ist, ist Frage der Auslegung im Einzelfalle. Hauptbeispiel einer Bringschuld ist das Zurückbringen entliehener Sachen und die Wiederherstellungspflicht aus unerlaubten Handlungen. S. o. Noten 8 u. 10.

22) Derselbe ist vom Erfüllungsort genau zu unterscheiden, z. B. Gefahr der Leistung, Gerichtsstand und eventuell das anzuwendende Recht (Note 20) richten sich nach dem Erfüllungs-, nicht nach dem Bestimmungsorte u. s. w.

23) S. auch unten § 212 Ziff. 3a und § 213 von der Gefahrtragung beim Kaufe.

24) Vgl. Sächs. GB. § 707, Art. 325 des alten HGB. Noch weiter ging das Preuß. ALR. I Tit. 11 § 769, welches den gesetzlichen Erfüllungsort für Geldzahlungen an den Wohnsitz des Gläubigers verlegte.

25) Nach dem Gesetz soll sie „im Zweifel“ gelten. Es kann also der Erfüllungsort beim Gläubiger festgesetzt oder das Geld vom Gläubiger zu holen sein. Z. B. das versprochene Darlehen ist beim Geber abzuholen. Planck zu

auch tritt sie vor gesetzlichen Vorschriften, die eine anderweitige Regelung der Zahlungspflicht enthalten, zurück. Vgl. z. B. § 1194 BGB. und Art. 92 EG. für Zahlungen aus öffentlichen Kassen. In § 270 handelt es sich also (wie in § 269) nur um eine allgemeine subsidiäre Regel. Kraft dieser werden nicht etwa alle Geldschulden für Bringschulden erklärt[26]), sondern der gesetzliche Erfüllungsort bleibt unverändert: dem Gläubiger ist nur das Geld zu übersenden; und zwar kraft Gesetzes, ohne daß es einer besonderen Verabredung[27]) bedarf. § 270 Abs. 4. Daher wird der Gerichtsstand und die Beurtheilung der Leistungspflicht des Schuldners, soweit sie nach dem Rechte des Erfüllungsortes erfolgt, durch die Bestimmung nicht verändert[28]), — sie richten sich fortdauernd nach dem Erfüllungsort (Wohnsitz des Schuldners bei Entstehung der Verbindlichkeit ꝛc.). Anderseits gelten für die Uebersendungspflicht folgende Regeln.

1. Die Uebersendung hat an den Wohnsitz des Gläubigers zu erfolgen; wenn die Forderung in seinem Gewerbebetrieb entstanden ist, an den Ort der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers[29]).

2. Die Uebersendung hat an den *jeweiligen* Wohnsitz resp. derzeitigen Sitz der Gewerbsniederlassung des Gläubigers[30]) zu erfolgen. Es entscheidet also der Zeitpunkt der *Zahlung*[31]). Von der entgegengesetzten Regel in Ansehung des gesetzlichen Erfüllungsortes[32]) ist nur das übernommen, daß die nachträgliche Ortsveränderung dem Schuldner *keinen Schaden bringen darf*. Daher sind durch die Ortsveränderung entstandene *Mehrkosten zu Lasten des Gläubigers*, und falls sich die Gefahr der Zusendung dadurch erhöhte, geht die Ge-

---

§ 270. Aehnliches dürfte beim Schenkungsversprechen einer Geldsumme gelten. Die Zahlung auf Inhaberpapiere, indossabele oder sonstige Werthpapiere ist regelmäßig beim Schuldner abzuholen insoweit die betreffenden Papiere *Präsentationspapiere* sind. S. o. Bd. I § 63 und *Dernburg* § 52 II Ziff. 5.

26) So *Cosack* § 103 Ziff. 2a u. A. Dies war der Standpunkt des Preuß. Landrechts (oben Note 24), der eben als zu weitgehend verlassen worden ist. Der Ausdruck kann nur uneigentlich genommen werden.

27) Wie im Falle bei Note 20 ff.

28) Der Verzug des Schuldners beurtheilt sich nach der Zeit der Leistung am Erfüllungsort (*Absendung* des Geldes), nicht am Bestimmungsort (dem Eintreffen desselben bei dem Gläubiger). S. auch schon Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 438, 445 ff., Bd. 3 S. 117 ff.

29) Natürlich handelt es sich hier nicht um Fabrikationsorte ꝛc. Es ist das oben Note 15 über den dauernden Charakter der getroffenen Einrichtungen Gesagte entsprechend anzuwenden.

30) Derjenigen, zu welcher die Forderung gehört. S. o. Note 18.

31) Sonst hätte die Bestimmung keinen praktischen Werth.

32) S. o. Note 14.

fahr ganz auf den Gläubiger über[33]). § 270 Abs. 3. Im Uebrigen bleibt die Versendungspflicht bestehen.

3. Die Versendung des Geldes erfolgt im Zweifel auf Gefahr und Kosten des Schuldners[34]). Dessen Haftung aus dem Schuldverhältniß geht also hier über die Lieferung am Erfüllungsort hinaus. § 270 Abs. 1.

III. Für ein Schuldverhältniß können mehrere Leistungsorte bestehen — bedungene wie gesetzliche. Sie können kumulativ oder alternativ gemeint sein. Ersteres ist der Fall, wenn die Leistung theils am einen, theils am anderen Orte erfolgen soll; z. B. die Hauptleistung an einem anderen Orte als die Nebenleistungen[35]). Verschieden davon ist der Fall, da ohne Verabredung eines besonderen Leistungsorts mehrere Personen verpflichtet sind[36]), z. B. als Bürgen oder Gesammtschuldner. Hier bestimmt sich der Erfüllungsort selbständig für jede Person[37]).

Alternative Leistungsorte werden, abgesehen von einer dahingehenden besonderen Verabredung[38]), schon durch die einfache Thatsache eines mehrfachen Wohnsitzes des Schuldners begründet[39]). Die Alternative erzeugt ein Wahlschuldverhältniß[40]). Danach steht die Wahl im Zweifel dem Schuldner zu. Auch sonst finden in diesem Umfang die Regeln der Wahlschuld Anwendung.

Bei gegenseitigen Verträgen bestimmt sich für die Verpflichtung eines jeden Kontrahenten der Erfüllungsort selbständig[41]). Soweit Zug um Zug zu leisten ist, muß der für die eine Leistung bedungene Erfüllungsort auch für die andere Leistung gelten[42]).

33) Wodurch der Wohnsitz ꝛc. des Gläubigers verändert wurde, ist gleichgültig. Ein Hauptfall der Praxis ist Tod und Beerbung des Gläubigers durch zahlreiche, eventuell ausländische Erben.

34) Auch blos in dieser Hinsicht kann das Gegentheil bedungen sein. S. noch Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 116, Bd. 23 S. 95, 103.

35) Man denke an Zinsen und Kapital, Hauptforderung und Vertragsstrafe u. s. w. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 24 S. 170. Selbstredend kann in allen diesen Fällen auch für sämmtliche Leistungen der gleiche Ort bedungen sein. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 15 S. 435.

36) Schon deshalb, weil hier mehrere Verpflichtungsverhältnisse bestehen. S. o. § 139.

37) Doch gilt der für den Hauptschuldner bestimmte Leistungsort regelmäßig auch für den Bürgen. Nur subsidiarisch hat er an dem für ihn maßgebenden Leistungsorte zu erfüllen. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 282, Bd. 34 S. 15. Ferner Türk in den Beitr. z. Erläut. des deutschen Rechts Bd. 44 S. 837.

38) Z. B. daß im Hauptgeschäft oder in einer Filiale, im Geschäftslokal oder am Wohnsitz, an diesem oder an der Börse u. s. w. zu leisten sei.

39) Falls der Wohnsitz nach § 269 BGB. den Erfüllungsort bestimmt.

40) S. o. § 153 nach Note 3.

41) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 121.

42) Nach den Regeln Bd. I Ziff. 1 oben. Danach beurtheilt sich auch, ob

§ 156.

2. Leiſtungszeit*.

Die Leiſtung muß nicht nur am richtigen Ort ſondern auch zu richtiger Zeit erfolgen. In dieſem Zeitpunkt redet man von Fälligkeit der Forderung[1]).

Die Zeit der Fälligkeit muß ſich aus dem Schuldverhältniß ergeben. Wäre dies nicht der Fall, die Forderung alſo niemals fällig, ſo wäre der Schuldner überhaupt nicht rechtlich verpflichtet — ein Schuldverhältniß nicht vorhanden.

Immerhin iſt die Bedeutung der Leiſtungszeit für das Schuldverhältniß keineswegs die gleiche wie die des Leiſtungsortes (oben § 155). Die Leiſtung zu unrichtiger Zeit, insbeſondere die einfache Verſpätung, macht die Leiſtung nicht ohne Weiteres zu einer unvollſtändigen, obligationswidrigen, wie die Leiſtung am falſchen Orte. Kleinere Verſpätungen z. B. ſind im Leben faſt an der Tagesordnung. Die Verzögerung hat daher nur in beſchränktem Umfang Rechtsfolgen[2]).

Die regelmäßige Bedeutung der Fälligkeit liegt vielmehr darin, daß von dieſem Zeitpunkte ab der Gläubiger die Leiſtung verlangen kann, der Schuldner ſie machen muß. Regelmäßig entſteht alſo ein präſenter Anſpruch des Gläubigers erſt in dieſem Zeitpunkt[3]). Die Wirkungen im Uebrigen beſtimmen ſich nach dem beſonderen Inhalt des Schuldverhältniſſes[4]).

I. Die Zeit der Leiſtung wird in erſter Linie (direkt oder indirekt) durch den Inhalt des Schuldverhältniſſes bezeichnet. Indirekt vor Allem durch die Natur der Leiſtung, indem dieſelbe eine gewiſſe

---

eine Stundung (z. B. des Kaufpreiſes) den einmal begründeten Erfüllungsort verändert. Regelmäßig iſt dies nicht der Fall.

*) Vgl. Savigny, Obligationenrecht I § 50; Gruchot, Lehre von der Zahlung der Geldſchuld (1871) S. 130 ff. — Dernburg §§ 54—56; Endemann I §§ 135 ff.; Coſack § 104; Mathiaß I § 80.

1) Der röm. Ausdruck iſt dies veniens oder dies solutionis. Vgl. l. 213 Dig. de V. S. 50, 16.

2) S. z. B. die Beſtimmungen über Fixgeſchäfte (unten Ziff. III i. f. u. § 159 Ziff. I), Verzug (§§ 161 ff.) ꝛc. — Aus der Verzögerung allein folgt noch nicht, daß der Gläubiger etwas verliert. S. noch unten Note 4.

3) Vgl. o. Bd. I § 35 beſ. Note 11, § 102 zu Note 8 und § 115 Ziff. 2.

4) So kann die Verzögerung der Leiſtung Bedingung einer ſelbſtändigen Obligation ſein, und in gegenſeitigen Verträgen wird nicht ſelten die Verzögerung der einen Leiſtung als Rücktrittsgrund von der Verpflichtung zur Gegenleiſtung aufgeſtellt. Vgl. §§ 346 ff., 357, 360 BGB. — Ueber Leiſtung des Schuldners vor der Fälligkeit ſ. u. Ziff. IV.

Zeitdauer oder längere Vorbereitungen erfordert. Im Uebrigen ist der Inhalt der Leistungspflicht auch in dieser Beziehung durch **Auslegung** bezw. nach dem Prinzip von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln[5]). Dabei kann sich für Haupt- und Nebenleistungen oder für einzelne Theile der Gesammtleistung eine verschiedene Leistungszeit ergeben; es sind auch alternative Leistungszeiten[6]) möglich. Bei **gegenseitigen** Verträgen wird die Verpflichtung jedes Kontrahenten für sich fällig, soweit sich nicht aus bedungener Zug- um Zugleistung Gleichzeitigkeit der Fälligkeit ergibt[7]).

Läßt sich in dieser Weise keine besondere Leistungszeit ermitteln, so greift wieder das **Gesetz** ein. Und zwar entweder durch Bestimmungen für einzelne Fälle (vgl. z. B. §§ 551, 604 bes. Abs. 2, 608 ff., 614, 641, 695 ff., 699, 721, 760, 1361, 1612, 1710, 2181, 2186 BGB.), oder (in deren Ermangelung) durch eine allgemeine Regel. Danach kann, wenn eine andere Leistungszeit nicht zu ermitteln ist, die Leistung **unmittelbar gefordert und bewirkt werden.** § 271 Abs. 1[8]). Die Forderung ist dann also **sofort fällig**[9]).

II. Nicht selten ist die Festsetzung der Leistungszeit **einseitig** in die **Hand der einen oder anderen Partei gelegt**[10]). Diese Partei hat die Befugniß, durch einseitige der anderen gegenüber abzugebende **Erklärung**[11]) die Fälligkeit der Schuld herbeizuführen. Sie hat diese Befugniß entweder auf Grund der Parteiverabredung oder unmittelbar kraft Gesetzes (s. z. B. §§ 564, 609, 620 BGB.). Die Erklärung, daß man zu bestimmter Zeit die Leistung erwarte oder selbst leisten wolle, heißt **Kündigung**. Man spricht auch davon, daß das Schuld-

5) Vgl. o. § 155 Note 9. — Soweit es sich bei Bestimmung der Fälligkeit um eine **Zeitberechnung** handelt, kommen die allgemeinen Grundsätze der letzteren (Bd. I § 120) zur Anwendung. Unbestimmte Ausdrücke: z. B. daß der Schuldner zahlen solle „wann er könne", sind im Zweifel so auszulegen, daß der Schuldner sich nicht jeder Verpflichtung entziehen kann. Hier wird letztlich der Richter die Leistungszeit in angemessener Weise zu bestimmen haben. S. noch § 359 HGB. u. Entsch. d. ROHG. Bd. 8 S. 185, des RG. Bd. 34 S. 19.

6) Wie alternative Erfüllungsorte.

7) Vgl. o. § 155 Ziff. III.

8) Dies erkannte schon das röm. Recht an (l. 14 Dig. de R. J. 50, 17). Da ein entfernterer Leistungstag nicht bestimmt sei, müsse es der nächste sein: tutatim debetur quod sine die debetur).

9) Die Folge ist: bei nicht sofortiger Leistung kann der Schuldner in Leistungsverzug gesetzt werden (unten §§ 161 ff.); durch Nichtannahme der angebotenen Leistung kommt der Gläubiger (nach den Regeln § 163 unten) in Annahmeverzug, ja unter Umständen — falls (wie in § 433 Abs. 2 BGB.) eine Annahmepflicht für ihn besteht — in Leistungsverzug.

10) Durch eine besondere Bestimmung bei Begründung des Schuldverhältnisses.

11) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. Bd. I § 88.

verhältniß „auf Kündigung stehe“ [12]). Die Kündigung ist dem anderen Theile gegenüber zu erklären [13]) und steht je nachdem dem Gläubiger oder dem Schuldner zu, — oft bildet sie eine Befugniß beider Theile. Vor Allem sind Schuldverhältnisse von längerer Dauer (wie Miethe, Pacht, Gesellschaft, Dienstverträge ꝛc.) regelmäßig kündbar. Sie werden dadurch für die Zukunft beendigt, während die bereits entstandenen Verbindlichkeiten bestehen bleiben und (soweit sie es noch nicht sind) fällig werden. — Wo das Gesetz die Kündigung vorsieht, bestimmt es in der Regel auch die näheren *Voraussetzungen*; insbesondere die Einhaltung einer sog. *Kündigungsfrist*, d. i. die Zeit, welche dem anderen Theile zwischen dem Empfang der Kündigung und der Leistung bezw. deren Annahme gelassen werden muß [14]). Denn häufig muß sich der andere Theil darauf erst vorbereiten. Eine solche Frist pflegt auch gemeiniglich in einer rechtsgeschäftlichen Kündigungsklausel gesetzt zu werden oder ergibt sich im Wege der Auslegung aus deren anderweitigem Inhalt. Andernfalls [15]) führt die Kündigung unmittelbar die Fälligkeit der davon abhängigen Leistungen herbei [16]).

Die Kündigung bedarf (von ihrer Empfangbarkeit abgesehen) *keiner besonderen Form*. Unter Anwesenden genügt also die mündliche Erklärung. Die Kündigung kann auch in einer Klage oder in einer dem Gegner zugegangenen Aufrechnungserklärung [17]) enthalten sein [18]). Eine bedingte Kündigung kann vom Empfänger zurückgewiesen werden [19]).

Die vom Gegner empfangene oder ihm zugestellte Kündigung schafft einen *definitiven Rechtseffekt*, d. h. sie *bindet auch den Kündigenden*, führt also unwiderruflich wider ihn selbst die Fälligkeit der Schuld herbei [20]). Es liegt darin eine *Verfügung über das*

---

12) Vgl. *Immerwahr*, Die Kündigung (1898); *Thiele*, Die Kündigung im Arch. f. civ. Prax. Bd. 89 S. 85. *Dernburg* § 55.

13) S. o. Note 11. Sie wirkt also erst nach Empfang resp. Zustellung an den Gegner. — Auch mittelst Klage ist Kündigung möglich. Darüber *Kohler*, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 1, 23 ff. S. noch das. S. 32.

14) S. z. B. §§ 565, 581, 595, 609, 621, 1193 u. s. w. BGB.

15) Auch gesetzlich im Falle § 605 BGB.

16) Unter Berücksichtigung des oben Ziff. I Gesagten, wonach jedenfalls die zur Vornahme der Leistung *unumgänglichen Vorbereitungen* zu berücksichtigen sind. Es entscheidet das Prinzip des § 242 BGB.

17) S. Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 148 ff.

18) Wegen *Zustellung* der Kündigung vgl. § 132 BGB.

19) S. die Ausführungen Bd. I § 97 bes. Note 16.

19) Gemäß § 132 BGB. Dies wäre nicht mehr Kündigung.

20) Damit steht nicht in Widerspruch, daß der Effekt durch *übereinstimmenden Willen beider Theile wieder aufgehoben* werden kann. —

Schuldverhältniß[21]). Daher setzt die Kündigung die entsprechende Fähigkeit voraus[22]). Im Uebrigen beurtheilt sich nach der Parteivereinbarung, wem gültig gekündigt werden kann: ob nur dem anderen Theile selbst oder auch sonstigen Personen (Zustellungsbevollmächtigten ꝛc.)[23]). Entziehen sich die hiernach bestimmten Personen der Kündigung, so ist zur öffentlichen Zustellung zu schreiten. § 132 Abs. 2 BGB.[24]).

III. Die Festsetzung einer besonderen Leistungszeit hat dem Gesagten gegenüber den Charakter einer Begünstigung des Schuldners. Das heißt: der Schuldner darf trotz der Zeitbestimmung sofort leisten[25]), — der Gläubiger darf aber vor Eintritt der Fälligkeit nicht fordern[26]). Die Festsetzung einer besonderen Leistungszeit begründet also regelmäßig eine Zahlungsfrist für den Schuldner, innerhalb deren er den Leistungszeitpunkt beliebig wählen[27]), über welche hinaus er nicht warten darf. Indessen gilt dies doch nur, falls keine andere Absicht bei Festsetzung der Leistungszeit erhellt; und nur in diesem Sinne wird es in § 271 Abs. 2 ausgesprochen[28]).

Im Gegensatz dazu steht Folgendes:

1. Daß die Festsetzung der Leistungszeit im Interesse des Gläubigers erfolgt; sodaß letzterer bis zu jenem Termin fordern kann, aber die Leistung nicht anzunehmen braucht[29]).

Ebenso ist eine Anfechtung wie bei Rechtsgeschäften überhaupt möglich. S. Bd. I §§ 80 ff.

21) S. o. Bd. I § 74 zu Note 16.

22) S. darüber bes. Bd. I §§ 83 u. 84.

23) Z. B. dem Vizewirth des Miethhauses. — Die Kündigung gegenüber dem Hauptschuldner wirkt auch gegenüber dem Bürgen. Dernburg § 55 i. f.

24) Dernburg a. a. O. behauptet unter Bezugnahme auf das bisherige Recht, wer sich der Zustellung der Kündigung schuldhaft entzogen habe, hafte auch ohne Kündigung so, wie wenn sie ihm zugekommen wäre, weil er die Folgen seines Verschuldens nicht auf den anderen Theil abwälzen könne. Dies ist gegenüber § 132 BGB. heutzutage insoweit unhaltbar, als die öffentliche Zustellung nicht vergebens versucht wurde. Denn insoweit kann der Gegner mit Grund einwenden, daß der Andere sich die Folgen der unterbliebenen Kündigung selbst zuzuschreiben habe. Die heutige Regelung dient auch der Rechtssicherheit.

25) Bei Nichtannahme der Leistung also den Gläubiger nach den Grundsätzen des § 163 unten in Annahmeverzug versetzen!

26) So schon im röm. Recht. Vgl. l. 38 § 16, l. 41 § 1 Dig. de V. O. 45, 1; l. 70 Dig. de sol. 46, 3; l. 17 Dig. de R. J. 50, 17.

27) Abgesehen von unpassenden Zeiten. Insbesondere die Vorschriften über den Annahmeverzug enthalten das nothwendige Korrektiv gegen Mißbräuche. S. z. B. § 299 BGB.

28) § 271 Abs. 2: „so ist im Zweifel anzunehmen . . . . .“

29) So z. B. bei bedungener Verwahrung von Gegenständen für eine gewisse Zeit, oder wenn das Schuldverhältniß auf Kündigung seitens des Gläubigers gestellt ist ꝛc. Vgl. §§ 609 Abs. 3, 696 BGB.

2. Oder die Leistungszeit ist im Interesse beider Theile bestimmt; sodaß vor dem festgesetzten Termin weder der Gläubiger anzunehmen noch der Schuldner zu leisten braucht[30]). — Dies ist schließlich noch in der Weise möglich, daß der Schuldner zu einer anderen als der festgesetzten Zeit überhaupt nicht leisten darf, indem die Zeit der Leistung wesentlich ist. Und zwar

a) entweder so, daß nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses Leistung zu anderer Zeit ihrer Natur nach gar nicht als die geschuldete angesehen werden kann[31]);

b) oder so, daß Leistung ohne Rücksicht auf ihre Natur zu bestimmter Zeit oder innerhalb eines fest bestimmten Zeitraums besonders bedungen ist. Hier spricht man von Fixgeschäften[32]). Die Leistung zu anderer Zeit kann vom Gläubiger zurückgewiesen, bei gegenseitigen Verträgen auch im Zweifel in solchem Fall von dem Geschäfte zurückgetreten werden. § 361 BGB. Die Fixklausel kann auch nachträglich einem Geschäft durch übereinstimmenden Willen der Parteien einverleibt werden[33]).

IV. Leistet der Schuldner vor der Fälligkeit der Forderung[34]), so erhält der Gläubiger in der Zwischenzeit die Nutzungen[35]) des Leistungsgegenstandes bis zur Fälligkeit. Dies involvirt eine Bereicherung des Gläubigers, falls letzterer nicht ohne-

---

30) So regelmäßig bei ausgeliehenen verzinslichen Forderungen mit festbestimmter Leistungszeit, insbesondere bei der hypothekarischen Anlage von Geldern auf Zins ohne vorbehaltene Kündigung.

31) Z. B. zu einem bestimmten Festzug wird ein Fenster gemiethet. Ueberlieferung des Fensters, nachdem der Festzug vorüber ist, ist nicht die geschuldete Leistung. Hier hat die Zeit der Leistung ähnliche Bedeutung, wie oben § 155 der Leistungsort. Der Ausdruck „Fixgeschäfte" paßt hierauf nicht genau.

32) Die Art des Ausdrucks, daß „fix" zu einem bestimmten Termin oder innerhalb bestimmter Frist geleistet werden solle, ist gleichgültig. Es entscheidet die erkennbare Parteiabsicht. Z. B. es wird vereinbart, daß „genau", „präzis", „spätestens bis" zu liefern sei; es wird dem Vertrag eine Verwirkungsklausel (clausula cassatoria) für den Fall einverleibt, daß nicht rechtzeitig geliefert werde. § 360 BGB. S. dazu Entsch. d. ROHG. Bd. 7 S. 386, Bd. 9 S. 408 ff. u. d. RG. Bd. 1 S. 64.

33) In schärfster Ausbildung kommen die Fixgeschäfte im Handelsrecht vor. Doch kennt auch das bürgerliche Recht zahlreiche Fälle: z. B. die Bestellung eines Transportmittels für eine bestimmte Zeit, Verrichtung einer Arbeit binnen bestimmter Frist. — Bei Sachmiethe und Pacht dagegen berechtigt regelmäßig eine geringe Verzögerung der Ueberlieferung den Miether und Pächter noch nicht zum Rücktritt. S. § 542 Abs. 2 BGB.

Von den besonderen Eigenthümlichkeiten der Fixgeschäfte wird an den geeigneten Stellen die Rede sein. S. bes. unten §§ 159 I, 172 und Dernburg § 56.

34) Vorauszusetzen für das Folgende ist, daß dies nach Inhalt des Schuldverhältnisses erlaubterweise geschieht. S. o. Ziff. III.

35) Gebrauch und Erträgnisse. § 100 BGB.

hin (nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses) auf jene Vortheile Anspruch hat, z. B. das geschuldete Kapital zinstragend ist. Gleichwohl darf auch im anderen Fall der Schuldner, welcher vorzeitig leistet, jene Vortheile nicht abziehen[36]); ebensowenig sie, wenn er irrthümlich zu früh leistete, zurückfordern. Der Diskont (Zwischenzins) ist zum Vortheil des Gläubigers. Der Schuldner hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er früher leistete als er verpflichtet war; wenn der Gläubiger die vorzeitige Leistung nicht zurückweisen darf, so ist ihm auf der anderen Seite nicht zuzumuthen, den von der Leistung gemachten Abzug durch geeignete Anlage der Gelder wieder einzubringen. §§ 272, 813 Abs. 2 BGB. — Ein Abzug kann daher nur auf Grund besonderer Gestattung des Gläubigers[37]), und abgesehen davon in den Fällen gemacht werden, da der Schuldner kraft Gesetzes vor der Fälligkeit leisten muß[38]). So in § 1133 i. f. (1192, 1200), 1217 Abs. 2 BGB.[39]) und insbesondere im Konkursverfahren über das Vermögen des Schuldners, wo im Interesse der gleichmäßigen Vertheilung der Masse die noch nicht fälligen Forderungen wie die fälligen zu berücksichtigen sind. § 65 KO.

In Fällen der letzteren Art ist schließlich der gegenwärtige Werth der in Zukunft zu bewirkenden unverzinslichen Leistung festzustellen. Zu diesem Zweck muß der Betrag des Zwischenzinses vom Kapital abgezogen werden. Dies ist eine mathematische Prozedur. Sie geschieht nicht einfach so, daß von dem Schuldbetrag die Zinsen für die Zeit bis zur Fälligkeit abgezogen werden[40]), sondern

36) Römisch sprach man vom commodum repraesentationis (l. 88 § 5 Dig. de legat. II), bei Geldschulden insbesondere vom interusurium (l. 9 § 8 Dig. de pec. 15, 1; l. 66 pr. ad leg. Falc. 35, 2). Heute spricht man von Diskont oder Zwischenzins.

37) In welchem Fall der Inhalt der Vereinbarung schlechthin maßgebend ist. Die nachfolgenden Regeln über die Berechnung kommen nicht zur Anwendung. Z. B. der Diskont im heutigen Handelsverkehr insbesondere im Wechselverkehr pflegt nicht nach der unten angegebenen Methode berechnet zu werden. — Uebrigens gilt im Zweifel auch hier, daß Verzichte streng auszulegen sind.

38) Also wo er gegen den Inhalt des Schuldverhältnisses aus besonderen Gründen des Vortheils der Zeitbestimmung verlustig geht. Derartige Vorschriften existiren vielfach zur Sicherung der Gläubigerschaft.

39) Hier wird durch das Verhalten des Schuldners die für die Forderung bestellte Realsicherheit vermindert bezw. nachdem sie durch andere Umstände vermindert war, nicht wieder aufgebessert. Die in der Zeitbestimmung liegende Begünstigung des Schuldners hat gewisse Garantieen zur Voraussetzung, die nicht mehr vorliegen.

40) Sog. „Carpzov'sche Methode". S. auch l. 88 § 3 Dig. ad leg. Falc. 35, 2. Danach würde z. B. bei einem Kapital von 1000 M., das nach 10 Jahren zahlbar ist, bei gesetzlichem Zinsfuß von 4% der Zwischenzins 400 M. betragen,

es ist die Summe auszumitteln, welche unter Hinzurechnung der von ihr zu ziehenden gesetzlichen Zinsen am Tage der Fälligkeit den Schuldbetrag ergibt[41]). Diese Berechnungsart wird denn auch in den verschiedenen oben erwähnten Gesetzesstellen vorgeschrieben[42]). Nur in der Hinsicht sind sie positiv, daß sie die Einrechnung von Zinseszinsen ausschließen[43]). Dies entspricht der auch sonst festgehaltenen Regel[44]).

V. Zuweilen wird die Leistungszeit durch Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner nachträglich hinausgeschoben (Stundung). Dadurch wird das Recht des Gläubigers, die Leistung fordern zu können, wieder hinausgerückt: der vorhandene Anspruch also zur Zeit wieder beseitigt. Die Stundung ist aber auch so möglich, daß sie nur die Nebenverabredung enthält, die Schuld jetzt nicht beitreiben zu wollen: dann begründet sie nur ein Gegenrecht des Schuldners wider den vorhandenen Anspruch — eine Einrede[45]). Im Zweifel wird das letztere angenommen werden müssen, da der in der Stundung liegende Verzicht des Gläubigers regelmäßig nicht als ein solcher auf die Fälligkeit der Forderung angesehen werden kann[46]). Vgl. auch § 202 Abs. 1 BGG.

---

also heute nur 600 M. auszuzahlen sein. Aber diese Rechnung ist falsch, da 600 M. zu 4% in 10 Jahren nur 240 M. Zinsen bringen, mithin der Gläubiger alsdann nicht 1000 sondern nur 840 M. haben würde. Gleichwohl wird die bequeme Carpzov'sche Methode nicht selten vertraglich oder usuell angewendet. S. o. Note 37.

41) Sog. Hoffmann'sche Methode. Es läßt sich dafür folgende Formel aufstellen. Bezeichnet S die Schuldsumme, n die Zahl der Jahre bis zur Fälligkeit und P den Zinsfuß, so ist die zu suchende Summe $X = \frac{100\ S}{100 + n\ P}$. Im Falle der vorigen Note ist also die heute auszubezahlende Summe 714 M. 29 Pfg. (Diese Summe ergibt in 10 Jahren zu 4% 285 M. 71 Pfg., sodaß der Gläubiger am Tage der Fälligkeit 1000 M. hat.)

42) Der Ausdruck ist nicht überall gleichmäßig, wohl aber der Sinn. Als Zinsfuß konnte nur der gesetzliche (§ 246 BGB.) zu Grunde gelegt werden, da dem Gläubiger nicht angesonnen werden kann, einen anderen Zinsbetrag von dem heute Geleisteten einzubringen. Fructus percipiendi sind für ihn die gesetzlichen Zinsen!

43) Sog. Leibniz'sche Methode. Danach würde die jetzt zu zahlende Summe entsprechend kleiner sein. Aber dem Gläubiger kann nicht zugemuthet werden, dieselbe auf Zinseszinsen anzulegen.

44) S. o. § 149 Ziff. 5.

45) S. o. Bd. I § 86 Text vor Note 12. Friedenthal, Einwendung und Einrede (1898) S. 43 ff. will nur das erstere gelten lassen, aber ohne genügende Gründe. Im Gegentheil man wird im Zweifel das letztere annehmen müssen. S. den Text.

46) Es ist nicht ohne Weiteres anzunehmen, daß der Gläubiger sich an seinem Recht im Uebrigen etwas vergeben wollte. — Das Gericht hat die

Endlich gibt es auch eine erzwungene Stundung. Diese war im älteren Recht sehr häufig; doch sind die landesherrlichen und gerichtlich ertheilten „Moratorien" an bedrängte Schuldner heute durchweg beseitigt. Vgl. § 14 Ziff. 4 EG.CPO., § 4 EG.KO. In Betracht kommt noch Folgendes:

a) Die sog. Rechtswohlthat des Nothbedarfs[47]) kann zu einer Stundung führen, indem der Schuldner auf Grund seiner Vermögensinsuffizienz die Leistung verweigern darf soweit er sie ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts 2c. nicht zu bewirken vermag; — aber nicht endgültig, sondern nur bis er wieder in bessere Vermögensverhältnisse kommt. Vgl. z. B. §§ 519, 529 Abs. 2 BGB. Die Wirkung der Rechtswohlthat geht unter Umständen noch weiter. S. z. B. § 528 BGB.[48])

b) Aehnlich verhält es sich bei den durch die Prozeßgesetzgebung aufgestellten Beschränkungen der Zwangsvollstreckung (vgl. §§ 811 ff., 850 ff. CPO.) Insofern hiernach der Schuldner nur noch unpfändbare Gegenstände besitzt, wird mittelbar der Gläubiger zu einer Stundung genöthigt[49]).

c) Schließlich kann im Konkursverfahren durch Vereinbarung des Gemeinschuldners mit der Mehrheit der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger unter Zustimmung des Konkursgerichts der Minderheit eine Stundung ihrer Forderungen auferlegt werden. Vgl. §§ 173 ff. KO. über den Zwangsvergleich[50]). Dies geschieht im eigenen wohlverstandenen Interesse der Gläubigerschaft. Die Mehrheit berechnet sich in erster Linie nach der Höhe der Forderungen; erst daneben nach der Personenzahl: der einfachen Mehrheit der im Vergleichstermin anwesenden stimmberechtigten Gläubiger[51]).

Bedeutung des konkreten Stundungsvertrags durch Auslegung festzustellen. Wichtig ist dies besonders beim Ausbleiben des Schuldners.

47) Ueber das sog. beneficium competentiae s. u. § 186 Ziff. 2 und das Recht der Schenkung.

48) S. u. § 253 Ziff. II.

49) Solche Exekutionsbeschränkungen enthielt schon das röm. Recht. Vgl. l. 7, 8 Cod. quae res pign. 8, 16. S. auch l. 6, 7 Dig. de pign. 20, 1. Das Nähere gehört in's Prozeßrecht.

50) Auch dieses Institut war schon im röm. Recht bekannt und beschränkte sich hier auf die Auferlegung einer Stundung im Maximum von 5 Jahren. Vgl. l. 8 Cod. qui bon. ced. 7, 71. Die heutigen Befugnisse der Gläubigerschaft gehen viel weiter. Das Detail s. u. § 195 Ziff. III.

51) Vgl. §§ 182 ff. KO. Ob die Minderheit im Uebrigen an dem Konkursverfahren theilgenommen hat, ist gleichgültig. — Auf die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Kridars hat der Zwangsvergleich keinen Einfluß; ebensowenig auf die Realistruug von Pfandrechten. § 193 KO.

C. Haftung des Schuldners für die Leistung.

§ 157.

I. Der Schuldner haftet bei der Leistung regelmäßig für jedes Verschulden, also für Vorsatz und Fahrlässigkeit. § 276 S. 1 BGB.[1]) Zwar kann die Haftung bis zur Uebernahme einer absoluten Leistungspflicht gesteigert sein: der Schuldner hat dann jede irgendwie von ihm verursachte Nichtleistung zu vertreten. Aber der Regel entspricht eine derartig ausgedehnte Haftung des Schuldners nicht. Umgekehrt kann die Haftung herabgemindert sein bis zum Einstehen für Vorsatz. § 276 Abs. 2 BGB. Auch kraft Gesetzes wird zuweilen nur für grobe Fahrlässigkeit oder für die Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten gehaftet[2]): ersteres regelmäßig wenn das Schuldverhältniß ausschließlich im Interesse des Gläubigers besteht oder fortbesteht[3]), — letzteres wenn damit eine gewisse Vermischung der eigenen und fremden Angelegenheiten verbunden ist[4]). Geht das Schuldverhältniß darauf, einen gewissen Gegenstand 2c. zu beaufsichtigen oder zu verwahren[5]), so bezieht sich die nach dem Schuldverhältniß im Allgemeinen zu prästirende Sorgfalt auch auf die Beaufsichtigung oder Verwahrung (custodia)[6]). Ebenso versteht es sich bei der vertraglichen Uebernahme von Arbeiten, Geschäftsbesorgungen u. dgl. von selbst, daß der Uebernehmer die dazu erforderliche Geschicklichkeit besitzen muß. Es ist Fahrlässigkeit, Arbeiten zu übernehmen, die man nicht versteht.

---

*) Die Litteratur s. Bd. I zu §§ 107, 109, 110 Note 3 und hinsichtlich der Haftung für fremdes Verschulden hier unten Note 7. — Dernburg §§ 63—70; Stammler S. 111; Endemann I §§ 111—116; Cosack § 71; Mathiaß I § 83; Enneccerus I §§ 194—196.

1) Ueber diese Begriffe s. o. Bd. I § 109.

2) S. über alle diese Dinge schon oben Bd. I § 109 Ziff. 3b und Ziff. 5.

3) So wird blos für grobe Fahrlässigkeit gehaftet in § 300 BGB. (während des Gläubigerverzugs), § 521 (bei der Schenkung), § 599 (Leihe), § 680 (bei Geschäftsführung ohne Auftrag und Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden unmittelbaren Gefahr).

4) Hier muß man sich damit begnügen, daß der Schuldner die eigenen und fremden Angelegenheiten gleich sorgfältig behandelt. So unter Gesellschaftern nach § 708; ferner nach § 690 bei der Aufbewahrung sofern der Verwahrer keine Vergütung für seine Mühewaltung erhält. Ebenso in zahlreichen Verhältnissen des Familien- und Erbrechts (wie unter Eheleuten, Eltern und Kindern, Vor- und Nacherben). S. §§ 1359, 1664, 1686, 2131 BGB.

5) Nicht nur überhaupt (wie in §§ 688, 701 ff. BGB.), sondern auch als Nebenverbindlichkeit. Z. B Aufbewahrung der gekauften Sache bis zur Ablieferung.

6) Die sog. diligentia in custodiendo hat insofern nicht Besonderes an sich. Vgl. Engelmann, Die custodiae praestatio (1897).

II. Dem eigenen Verschulden des Verpflichteten bei Bewirkung der geschuldeten Leistung[7]) wird dasjenige seines gesetzlichen Vertreters[8]) und das Verschulden der Personen gleichgestellt, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. § 278 BGB.[9]) Dies gilt für Schuldverhältnisse aller Art, auch für gesetzliche. Anderseits ist die Vorschrift nicht zwingend: es kann also der Schuldner die Haftung für die genannten Personen durch Vereinbarung mit dem Gläubiger ausschließen, — ja selbst das Einstehen für vorsätzliche Beschädigungen solcher Zwischenpersonen ablehnen. § 278 Satz 2[10]).

1. Die in § 278 aufgestellte Haftung für fremdes Verschulden bezieht sich nur auf die Erfüllung bestehender Verbindlichkeiten. Sie tritt daher nicht ein, wo das Verschulden Grund des Anspruchs ist[11]): also z. B. nicht bei Delikten[12]), nicht bei der sog. culpa in con-

7) Vgl. zum Folgenden Goldschmidt, Zschr. f. Handelsr. Bd. 16 S. 284ff.; Burchardi, Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen (1861); v. Wyß, Haftung für fremde culpa (1867); Rang, Die Haftung des Schuldners für Dritte (1886); Dolinski, Haftung des Kontrahenten für seine Gehülfen (1893); M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung (1896) S. 70; Nußbaum, Haftung für Hülfspersonen (1898); Kisch, Unmöglichkeit (1900) S. 103; Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 65 (Unterlassungen betreffend).

8) S. o. Bd. I § 83 zu Note 4, § 104 Note 36. Es beruht auf dem Prinzip der modernen gesetzlichen Vertretung, daß das Verschulden des Vertreters dem Vertretenen zuzurechnen ist. — Für die Vorstände juristischer Personen, welche die „Stellung eines gesetzlichen Vertreters" haben, gelten besondere Vorschriften. S. §§ 31, 86, 89 BGB. und oben Bd. I § 48 Ziff. 2 ꝛc.

9) Der sog. Hülfspersonen zur Leistung. Nach röm. Recht haftete der Schuldner nicht für fremdes, sondern grundsätzlich nur für das eigene Verschulden. Bediente er sich zur Erfüllung der Verbindlichkeit fremder Hülfskräfte, so konnte dies nur heißen, daß er für ordnungsmäßige Auswahl und Instruktion dieser Personen verantwortlich war (er haftete für culpa in eligendo und in custodiendo). Darüber hinaus gab es nur einige allgemein anerkannte Fälle einer absoluten Haftung des Schuldners für seine Leute. So bei der locatio-conductio operis, bei Gastwirthen und Schiffern. Vgl. über das Prinzip z. B. l. 27 § 9 Dig. ad l. Aquil. 9, 2; l. 11 pr. Dig. locati 19, 2, — über die Ausnahmefälle l. 25 § 7 Dig. locati; l. 6 und 7 Dig. nautae caupones 4, 9; l. un. Cod. furti adversus nautas 47, 5. Die neuere Gesetzgebung (insbes. das Preuß. Allg. Landrecht und das Allg. Deutsche Handelsgesetzbuch) hat die Fälle vermehrt, die gemeinrechtliche Wissenschaft suchte sie auszudehnen. Das franz. (Art. 1384 Code civil) und schweiz. Recht haben eine unbedingte Haftpflicht des Schuldners für seine Hülfspersonen bei Bewirkung der Leistung aufgestellt. Dem schließt sich das Bürgerliche Gesetzbuch an. Durch die Dazwischenschiebung solcher Mittelspersonen, wie Dienstboten, Arbeiter, Gesellen, Lehrlinge, Dienstmänner, die meistens selbst ersatzunfähig sind, soll der Gläubiger nicht leiden. Ihr Verschulden bei Bewirkung der Leistung wird wie ein Verschulden des Verpflichteten selbst angesehen.

10) Im Gegensatz zur Ablehnung der Haftung für eigenes vorsätzliches Handeln. Hier wäre der Ausschluß unsittlich (vgl. § 138 BGB.). Beim Ausschluß der Haftung für andere Personen kann man dies nicht sagen.

11) S. über diese Fälle näher Bd. I § 127 zu Note 15—16. — Von der

trahendo[13]). Hier ist die Haftung des Herrn für seine Angestellten ꝛc. keineswegs eine schrankenlose. Nur wo der Schuldner sich in Ausführung der ihm *kraft des Schuldverhältnisses*[14]) *zustehenden Befugnisse und Obliegenheiten*[15]) *fremder Hülfe bedient*, thut er dies auf eigene Gefahr.

Dies gestaltet sich im Einzelnen verschieden.

a) Der Schuldner hat das Verschulden *seines gesetzlichen Vertreters stets* zu verantworten, falls es sich nur in *Ausführung* des Schuldverhältnisses ereignete (mag es sich um die Ausübung von Befugnissen oder um die Erfüllung von Pflichten handeln). Dinge, welche der Vertreter sich blos „gelegentlich" der Ausführung hat zu Schulden kommen lassen, hat der Schuldner nicht zu vertreten[16]).

b) Das Verschulden *von Hülfspersonen* hat der Schuldner zu vertreten, wenn sie für ihn oder mit ihm *Erfüllungshandlungen* vornehmen[17]). Für ihr Handeln bei Ausübung der aus dem Schuldverhältniß entspringenden Befugnisse[18]) haftet der Schuldner nur[19]), wenn damit eine *ordnungsmäßige Behandlungspflicht* des Schuldgegenstandes[20]) verbunden und diese verletzt ist[21]). Gleichgültig ist dabei, ob dem Dritten *in dessen eigenem Interesse* oder *im Interesse des Schuldners* die Möglichkeit der Einwirkung auf den Schudgegenstand eröffnet wird[22]). Dagegen muß die Einwirkung *vom*

Sonderstellung der gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person (wo diese Unterscheidung nicht gemacht wird) war schon die Rede. S. o. Note 8.

12) S. §§ 831 ff. BGB. und unten die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen.

13) S. o. § 151 Note 25 ff. u. Cit.

14) Es muß sich in der betreffenden Angelegenheit, bei welcher der Schaden entstand, um eine wirkliche *Schuldverpflichtung* handeln. Z. B. rufe ich dem Droschkenkutscher zu, schnell zu fahren, und dieser überfährt dabei einen Passanten, so findet § 278 BGB. keine Anwendung.

15) In diesem weiteren Sinne ist der § 278 BGB. im Allgemeinen zu verstehen.

16) Die Unterscheidung ist die bekannte und schon öfter besprochene. Vgl. z. B. Bd. I § 48 Note 12.

17) Weshalb (ob gegen Entgelt oder unentgeltlich, z. B. aus Freundschaft) ist gleichgültig. Ebenso ob höhere oder niedere Hülfsdienste geleistet werden. Z. B. die Partei ist auch für ihren Rechtsanwalt verantwortlich.

18) Z. B. Benutzung der gemietheten oder geliehenen Sache.

19) Nach § 278 BGB. unbedingt. Die Haftung wegen etwaigen *eigenen* Verschuldens des Debitors steht nicht in Frage.

20) Z. B. die Obhut der Sache (s. o. Note 6), Unterlassen von Verschlechterungen ꝛc.

21) Also wenn der Miether eines Hauses von der Befugniß Gebrauch macht, nicht nur selbst in dem Hause zu wohnen, sondern andere Personen bei sich aufzunehmen, deren er zum eigenen Wohnen bedarf (Dienstboten u. dgl.), so haftet er für Beschädigungen durch letztere nach § 278.

22) Z. B. der Miether haftet für die Handlung seines Untermiethers so

Schuldner gestattet worden sein; es darf also der Dritte nicht unbefugt, z. B. als unbeauftragter Geschäftsführer[23]) gehandelt haben[24]). Endlich muß die That des Dritten die Erfüllung des Schuldverhältnisses beeinträchtigen[25]), also zu ihr in Kausalbeziehung stehen[26]).

2. Die Haftung des Schuldners für die genannten Zwischenpersonen beschränkt sich auf den Fall, daß diesen bei ihrer Handlung ein Verschulden zur Last fällt: ein geringes oder ein grobes ꝛc., soweit es nach Inhalt des Schuldverhältnisses zu vertreten ist[27]). Ist also die Haftung des Schuldners auf einen bestimmten niederen Grad von Sorgfalt beschränkt, so haftet er bei der Mittelsperson nur für denselben Grad von Sorgfalt. Manche leugnen die Anwendbarkeit des § 278 überhaupt, wenn der Schuldner nur für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit einsteht[28]). Sie müssen aber anerkennen, daß der Schuldner, wenn er für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten haftet, Verletzung derselben Sorgfalt seitens des Mittelsmannes vertreten muß. Arg. §§ 690, 691 i. f. Warum also nicht ebenso auch grobes Verschulden des Mittelsmannes?[29])

Fällt dem Mittelsmann gar kein Verschulden zur Last[30]), so kann nach dem Gesagten von einer Haftung des Schuldners für ihn keine Rede sein. Letzterer haftet dann nur für etwaiges eigenes Verschulden. Dieses kann in der Auswahl ungeeigneter Personen, schlechter Instruktion[31]), oder auch darin liegen, daß er sich zur Leistung überhaupt einer fremden Person bediente[32]).

---

gut wie für die Handlung seiner Handwerker bei Reparaturen und sonstigen Arbeiten im Hause.

23) S. auch Dernburg § 69. — Daher haftet der Miether eines Hauses nach Note 20ff. nicht für jede Person, die in dem Hause Schaden anrichtet.

24) Anderseits haftet auch ein nicht beauftragter Geschäftsführer als Schuldner wiederum nach § 278 für seine Leute.

25) Daher ist z. B. § 431 HGB. neben § 278 BGB. nicht überflüssig.

26) S. o. Bd. I § 108 bes. Ziff. 3. — Z. B. der Schlosserlehrling zerbricht beim Oeffnen des Glasschranks eine Scheibe oder demolirt die Wand; der Tapezierergehülfe zerbricht beim Holen der Leiter durch Anstoßen einen Kronleuchter; der Gasarbeiter wirft ein brennendes Streichholz weg, sodaß ein Brand entsteht. In allen diesen Fällen haftet der Meister. Dagegen haftet er nicht, wenn der Schlosserlehrling mit brennender Cigarre ankommt und durch Wegwerfen derselben einen Brand verursacht, oder wenn er sich am Dienstmädchen vergreift und letzteres in eine Spiegelscheibe fällt. Vgl. dazu auch Nußbaum S. 74 ff., Dernburg § 68 Note 6.

27) Denn andernfalls kommt eine Haftung des Schuldners überhaupt nicht in Frage.

28) Nußbaum S. 88, Dernburg § 68 III i. f. A. M. Planck zu § 278.

29) Wenn der Schuldner selbst auch nur für grobes Verschulden haftet.

30) Z. B. mangels genügender Zurechnungsfähigkeit, Einsicht ꝛc. S. Bd. I § 109 Ziff. 2.

31) Culpa in eligendo oder custodiendo wie oben Note 9.

3. In Einzelfällen statuirt das Gesetz eine besondere Haftung des Schuldners für seine Angestellten und Substituten[32]). Die Fälle werden, soweit sie dem Privatrecht angehören, an geeigneter Stelle erwähnt. Vgl. §§ 664, 691 BGB., Art. 95 Abs. 2 EG., §§ 431, 485, 486 HGB., §§ 3 ff., 59 i. f. BinnenschiffahrtsG. v. 15. Juni 1895 ꝛc.

III. Behauptet der Schuldner, daß er an der gehörigen Leistung durch Umstände verhindert worden sei, die er nach den vorstehenden Grundsätzen nicht zu vertreten habe, so muß er diese Umstände beweisen[34]). Der Anspruch des Gläubigers beruht auf der Verbindlichkeit[35]). Sache des Schuldners ist es, etwaige Befreiungsgründe darzuthun. S. auch § 282 BGB. Im Allgemeinen befreit sich nun der Schuldner durch Nachweis der Anwendung der ihm nach dem Schuldverhältniß obliegenden Sorgfalt[36]). Dabei sind regelmäßig die Einzelheiten des Umstands darzulegen, auf Grund dessen die Befreiung behauptet wird, damit der Richter beurtheilen kann, ob der Umstand, so wie er eingetreten ist[37]), vom Schuldner zu vertreten ist oder nicht. Einfacher Nachweis des hindernden Ereignisses genügt nur, wenn dasselbe seiner Natur nach unverschuldet zu sein pflegt[38]). Andernfalls hat der Schuldner die Umstände darzulegen, aus denen die Zufälligkeit des Ereignisses erhellt. Jedoch genügt, falls nicht besondere belastende Momente hervortreten[39]) und der eigentliche Anlaß des Ereignisses nicht zu ermitteln ist, der Nachweis, daß der Schuldner im

32) Wenn ihm dies nach Inhalt des Schuldverhältnisses nicht gestattet war. Der Inhalt ist nöthigenfalls durch Auslegung zu ermitteln.

33) Dieselbe geht weiter oder weniger weit als die allgemeine Haftung aus § 278.

34) Dies folgt aus den allgemeinen Regeln der Beweislast. S. o. Bd. I § 127, bes. Ziff. 1 gegen Ende. S. zum Folgenden auch Bähr in Ihering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 18 S. 287.

35) Hat er deren Entstehen bewiesen, so kann er also fordern.

36) Vorausgesetzt daß seine Haftung nicht bis zur Uebernahme einer absoluten Garantiepflicht für die Leistung gesteigert war. — Umgekehrt gilt der Grundsatz des Textes auch für die besonderen Fälle, in welchen dem Schuldner lediglich die Berufung auf höhere Gewalt (Bd. I § 110 Ziff. 2) gestattet ist. Haftet der Schuldner für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten, so muß er darthun, daß er in diesen nicht sorgfältiger zu sein pflegte.

37) Z. B. ob der Umstand, auf Grund dessen die Befreiung des Schuldners nach § 275 BGB. behauptet wird, nicht durch Verschulden herbeigeführt wurde (z. B. ein Brand). Ist dies der Fall, so liegt überhaupt Verschulden vor. Tritt der Umstand während des Verzugs des Schuldners ein, so ist er schon deshalb zu vertreten. Daraus erklärt sich § 287 Satz 2 BGB.

38) S. Entsch. d. ROHG. Bd. 5 S. 91, Bd. 20 S. 404, Bd. 25 S. 338. Exner, Begriff der höheren Gewalt I S. 215, 231, 252; Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 3 S. 87.

39) Oder der Inhalt des Schuldverhältnisses eine stärkere Haftung des Schuldners ergibt.

Allgemeinen mit Bezug auf die Gefahr derartiger Ereignisse die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe[40]).

Verschieden hiervon sind die Fälle, in denen ein Verschulden des Verpflichteten Grund des wider ihn erhobenen Anspruchs ist[41]), also Verletzungen in Frage stehen, die in Verbindung mit Ausführung der Leistung vorgekommen sind[42]). Hier hat der Verletzte regelmäßig das Verschulden des Gegners darzuthun. Anders nur soweit aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses eine Auskunfts- oder Rechenschaftspflicht des Schuldners hervorgeht[43]). Eine Anerkennung (unbeanstandete Annahme ꝛc.) der Leistung belastet den Gläubiger, falls er nachträglich Fehler der letzteren behauptet, mit dem entsprechenden Beweise. Arg. § 363 BGB. Selbständige gesetzliche Ansprüche des Leistungsempfängers sind von diesem stets nach ihren besonderen Voraussetzungen darzuthun, z. B. Gewährleistungsansprüche.

D. Folgen der Nichtleistung.

1. Ausbleiben der Leistung. Nichterfüllung.

§ 158.

a) Wegen eintretender Unmöglichkeit*.

Die über die Haftung des Schuldners für die Leistung vorgetragenen Grundsätze finden ihre Hauptanwendung, wenn die geschuldete Leistung aus irgend einem Grunde (ganz oder theilweise) unmöglich wird, also nicht oder nicht vollständig bewirkt werden kann[1]). Es handelt

40) Sache des Gläubigers ist es hier, replicando eine direkte Schuld des Verpflichteten nachzuweisen. — Aehnlich liegt auch (trotz § 282 BGB.) dem Gläubiger der Beweis vorsätzlichen Handelns des Schuldners ob. Denn Vorsatz ist nie zu vermuthen, sondern im Gegentheil dessen Abwesenheit. Die Behauptung des Vorsatzes gehört der Replik an. S. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 8 S. 429. Dernburg § 70 zu Note 4. A. M. Oertmann Note 2.

41) Es verhält sich ähnlich wie bei Delikten. S. o. Bd. I § 127 zu Note 15.

42) Beispiele sind Untreue des Geschäftsbesorgers, Rechnungsfehler, vexatorische Prozeßführung des Schuldners, Schädigung des Kredits, des künstlerischen oder wissenschaftlichen Ansehens der Gegenpartei durch die Art der Vertragsausführung, Verstoß gegen Unterlassungs- oder Duldungspflichten unter gleichzeitiger anderweitiger Verletzung des Gläubigers u. s. w.

43) Soweit dieser zu genügen ist. S. o. Bd. I § 136 ff.

*) Vgl. die oben § 145 Note 3 Citirten. Ferner Ubbelohde im Archiv f. civ. Praxis Bd. 85 S. 120. — Stammler S. 109 ff.; Dernburg § 62; Endemann I § 127; Cosack §§ 98, 100; Mathiaß I § 84; Enneccerus I §§ 191 ff.

1) Die Gründe der Nichtleistung sind überhaupt Unmöglichkeit der Leistung oder einfache Verzögerung. Letztere hat nach dem oben § 156 Gesagten nur in beschränktem Umfang Rechtsfolgen. Davon unten §§ 160, 161 ff. — Ueber den röm. Satz, daß ein Geschäft ungültig wird, wenn sich die Umstände nach

sich um nachträgliche d. h. der Begründung des Schuldverhältnisses *nachfolgende Unmöglichkeit*[2]). Zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit wird hier mit Recht nicht unterschieden[3]). § 275 BGB. stellt das Unvermögen des Schuldners zur Leistung der an sich unmöglichen Leistung gleich[4]). Soll der Bestand des Schuldverhältnisses nicht völlig in die Hand des Schuldners gegeben werden, so muß er im Rahmen seiner allgemeinen Haftung auch für die objektiv unmöglich gewordene Leistung einstehen. Zwar kann der Umfang dieser Haftung im Einzelnen verschieden bestimmt sein; aber ganz fehlt sie nie: das pactum de dolo non praestando ist nichtig[5]).

1. Nicht auf die Art der eingetretenen Unmöglichkeit wird daher hier vom Gesetz Gewicht gelegt, sondern lediglich darauf, *wie* die Unmöglichkeit eingetreten ist, insbesondere ob sie *auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht*[6]).

a) Wird die Leistung aus einem dem Schuldner fremden „zufälligen" Umstande (für den er *nicht einzustehen hat*) unmöglich, so ist der Schuldner frei. § 275 BGB.[7]). Das Schuldverhältniß fällt zusammen, weil es keinen Inhalt mehr hat. Die ursprüngliche Leistung ist weggefallen und *es fehlt an einem Grunde, eine andere an ihre Stelle zu setzen*[8]).

---

dem Abschluß derart verändern, daß es jetzt auf etwas Unmögliches geht, vgl. *Hellmann* im Archiv f. civ. Praxis Bd. 90 S. 363, 429.

2) Ueber ihre Kriterien s. schon oben § 145 Ziff. 1. Man kann sagen:

a) Die Gewißheit, daß die Leistung nicht geschehen kann, darf nicht schon in dem Augenblick vorhanden sein, da das Schuldverhältniß entstehen soll; *Kleineidam* S. 85 ff.

b) Für die Frage, ob die Leistung geschehen kann, kommt es nur auf den obligationsmäßigen Zeitpunkt derselben an. (Ueber vorübergehende Hinderungsgründe der Leistung s. § 145 zu Note 12.)

3) S. o. § 145 zu Note 22.

4) In Uebereinstimmung mit *Hartmann*, Die Obligation S. 166 ff., 254. S. auch *Kisch* S. 9 ff., *Kleineidam* S. 123. Ueber die Unmöglichkeit von Schuldverhältnissen aus Verfügungen von Todeswegen s. das Erbrecht.

5) S. o. § 157 zu Note 2 u. Cit. — Hierzu kommt, daß in den Fällen, in denen es bei der Leistung auf die *Individualität des Schuldners* ankommt, subjektives Vermögen des Schuldners von objektiver Unmöglichkeit regelmäßig nicht unterschieden werden kann. Ebenso ist diese Unterscheidung unbrauchbar, wenn eine *individuelle Sache* zu liefern ist, welche dem Schuldner abhanden gekommen, z. B. gestohlen worden ist. Hier könnte ein Anderer (der Dieb, der Finder) leisten; dennoch steht der Fall aus erklärlichen Gründen der objektiven Unmöglichkeit sehr nahe. S. o. § 145 Note 14, 16.

6) S. o. § 157. Die zu vertretenden Umstände sind dort sowie in § 150 im Allgemeinen angegeben. S. im Uebrigen unten Ziff. 2. Näheres bei *Titze* S. 130. — Ueber den Beweis der fraglichen Thatsachen s. § 157 III.

7) S. dazu *Kleineidam* S. 93, *Titze* S. 100 ff.

8) Nur der unter Ziff. 5 besprochene Anspruch bleibt zufolge des Surrogationsprinzips (oben § 144 II) unter Umständen übrig.

b) Wird die Leistung dagegen aus einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande unmöglich, so erlischt das Schuldverhältniß nicht, sondern es tritt nur eine Verwandelung seines Inhalts ein[9]). An Stelle der nicht mehr möglichen Leistung tritt die Verpflichtung zu Schadensersatz. § 280 Abs. 1. Dieser Schadensersatz ist das gesammte positive Erfüllungsinteresse, also Ausgleichung des ganzen dem Gläubiger durch die Nichterfüllung zugefügten Nachtheils[10]).

2. Regelmäßig ist jedes Verschulden zu vertreten; unter Umständen auch schuldlose Handlungen, wahre Zufälle[11]). Zu diesen absolut vom Schuldner zu vertretenden Umständen zählt das Gesetz bei Gattungsschulden auch das persönliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung[12]). § 279 BGB. Dagegen bleibt es bei der Regel[13]), wenn die Gattung, aus der zu leisten ist, untergegangen ist, zur Erfüllung des Schuldverhältnisses nicht ausreicht oder nicht mehr verwendbar ist[14]). Ebenso wenn der Schuldner gar nicht deshalb, weil er zur Erlangung geeigneter Gattungssachen außer Stande ist, sondern aus anderen Gründen nicht leistet, z. B. weil er erkrankt oder zum Militär eingezogen wird ꝛc.[15]). In allen diesen Fällen kommt es darauf an, ob er den besonderen Grund der Nichtleistung zu vertreten hat.

Wegen Untergangs des Leistungsgegenstandes im Verzuge der einen oder anderen Partei s. u. §§ 162 Ziff. 3 und 164 Ziff. 2.

9) Vgl. Kleineidam S. 106 ff., Titze S. 126 ff. (s. auch S. 77 ff.). Wegen des Fortbestandes des Schuldverhältnisses dauern ihre rechtlichen Eigenschaften, soweit sie nicht auf solchen des ursprünglichen Leistungsgegenstandes z. B. Untheilbarkeit desselben (oben § 145 i. f.) beruhen, fort. Bürgschaften und Pfänder bleiben bestehen. S. noch Titze S. 104, 145.

10) S. o. §§ 150 ff. u. Cit. Ferner Bd. I §§ 108, 111. Daselbst auch über die Ausnahmen bei konkurrirendem Verschulden des Gläubigers. Vgl. § 254 BGB. Es kommt darauf an, wessen „Verschulden" überwiegt. S. auch Titze S. 128 ff.

11) § 276 BGB. und oben § 157. Ueber Gehülfen der Leistung ꝛc. s. das. Ziff. II.

12) Den sog. Mangel an Zahlungsmitteln (selbst wenn er nicht verschuldet ist, sondern durch Unglücksfälle herbeigeführt wurde).

13) Daß also im Einzelfall zu untersuchen ist, ob ein zu vertretendes Verhalten des Schuldners vorliegt.

14) Dies folgt aus der Erwähnung der „Möglichkeit" in § 279 und dem festen Begriff, den das Gesetz damit verbindet. S. o. § 145 Note 15. Unmöglich ist die Leistung aus der Gattung aber nicht blos, wenn die Gattung nicht mehr existirt oder zur Leistung hinreicht (z. B. gewisse Aktien), sondern auch bei relativer Unmöglichkeit der Leistung aus der Gattung (z. B. bei Ausfuhrverboten, Blokade).

15) S. o. § 145 Note 21. Hierhin gehören auch Betriebsstörungen, wenn selbstfabrizirte Waaren zu liefern waren. Es kann für die Haftung des Schuldners in dieser Hinsicht keinen Unterschied machen, ob er ein genus oder eine species liefern soll. Zustimmend Dernburg § 62 II Ziff. 3, Berndorff, Gattungsschuld S. 46 ff., Kisch, Unmöglichkeit S. 117 ff. A. M. Cosack § 98 II Ziff. 1 b, Oertmann § 279.

Dasselbe gilt bei jeder Nichtlieferung individuell bestimmter Sachen[16]) und bei Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtungen auf ein bestimmtes Thun oder Unterlassen[17]).

3. Eine vorübergehende Unmöglichkeit ist entweder überhaupt keine, indem sie kein obligationswidriges Verhältniß schafft[18]): dann kommt sie nur als Verzögerung der Leistung in Betracht[19]). Andernfalls gelten die obigen Grundsätze. So kann z. B. bei Schuldverhältnissen auf ein Unterlassen oder Dulden auch eine einmalige Zuwiderhandlung nicht unter den Gesichtspunkt des Verzugs fallen; denn das widerrechtlich Geschehene kann nicht ungeschehen gemacht werden: es ist unwiderruflich ein Zustand geschaffen worden, der dem Schuldverhältniß nicht überall entspricht[20]).

4. Die Unmöglichkeit der Leistung kann auch eine theilweise sein[21]). Als solche bezieht sie sich entweder auf die Quantität oder die Qualität der Leistung[22]). Hier hat jedenfalls der Gläubiger, soweit Theilung zulässig ist[23]), auf den noch übrigen Theil der Leistung Anspruch, und muß sich mit demselben begnügen, wenn die Verminderung durch einen Umstand eingetreten ist, für den der Schuldner nicht haftet[24]). Andernfalls gehört es zum Begriff des Schadensersatzes, daß der Gläubiger die Leistung des möglich gebliebenen Theils zurückweisen und für die ganze Leistung Ersatz verlangen kann, wenn der Empfang des Theils für ihn kein Interesse hat. § 280 Abs. 2 BGB. Ist also die theilweise Unmöglichkeit der Leistung vom Schuldner zu vertreten, so kann der Gläubiger[25]):

---

16) Z. B. die zu liefernde individuelle Sache wird dem Schuldner gestohlen. Nachlässigkeit in der Aufbewahrung und absolute Haftung für die Leistung liegen nicht vor. Der Schuldner ist befreit.

17) Z. B. ein Baumeister hat einen Bau übernommen und kann ihn nicht ausführen, weil seine Arbeiter streiken.

18) S. o. § 145 zu Note 12. Kisch S. 18 ff.

19) Nach deren Grundsätzen. S. u. §§ 160, 161 ff.

20) S. auch Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 68 ff. — Hieraus folgt das Recht des Gläubigers auf Schadensersatz wegen der Zuwiderhandlung ohne vorherige Inverzugsetzung (Mahnung). Regelmäßig hat auch der Schuldner sein eigenes Handeln zu vertreten.

21) S. o. § 145 Ziff. 1 i. f. Kleineidam S. 106, 110 ff., Titze S. 148 ff., Kisch S. 161 ff.

22) Z. B. einzelne Modalitäten derselben. Eine erhebliche Veränderung der Qualität wird vollständige Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen. — Ueber das Verhältniß von Mängelgewähr und Unmöglichkeit der Leistung s. Kleineidam S. 155, Kisch S. 198, Berndorff, Gattungsschuld S. 97.

23) Ueber die Theilbarkeit s. o. § 145 Ziff. 4.

24) Arg. § 275 BGB. Kisch S. 169 ff., Titze S. 149.

25) Vgl. hierzu Titze S. 152 ff., Kleineidam S. 111 ff.

a) in erster Linie Ersatz für den unmöglich gewordenen Theil der Leistung, und im Uebrigen den Rest verlangen.

b) Kann der Gläubiger nachweisen[26]), daß die Erfüllung des übrigen Theils für ihn interesselos ist[27]), so darf er die Leistung des noch möglichen Theils ablehnen und Schadensersatz wegen (vollständiger) Nichterfüllung fordern. Hatte er den Theil bereits angenommen, so tritt, falls darin nicht nach Lage der Sache eine entgegenstehende Vereinbarung zu erblicken ist[28]), zunächst keine Aenderung ein[29]): nur versteht sich von selbst, daß der Gläubiger, wenn er vollständige Entschädigung fordert, das Empfangene zurückgeben muß[30]). Das Gesetz behandelt dies nach Art des Rücktritts von einem Vertrage. § 280 i. f. u. Cit.[31]). Der Gläubiger muß also sein diesbezügliches Verlangen dem Schuldner erklären[32]), die beiderseitigen Leistungen[33]) sind Zug um Zug auszutauschen[34]); doch hindert zufälliger Untergang des Empfangenen oder eines erheblichen Theils beim Gläubiger dessen Ersatzrecht nicht[35]). Anders wenn die Unmöglichkeit der Rückgabe auf einem Verschulden des Gläubigers, seiner gesetzlichen Vertreter und Hülfspersonen[36]) oder den in §§ 352, 353 BGB. erwähnten eigenen Handlungen des Empfängers beruht[37]). Verzögert der Gläubiger

26) Die Beweislast des Gläubigers ergibt sich aus der Wortfassung des § 280 Abs. 2 und entspricht den allgemeinen Grundsätzen. S. auch Motive II S. 52.

27) Z. B. zwei Pferde sind als ein Gespann verkauft und nur das eine derselben ist gefallen. Von einem mehrbändigen Werke fehlt ein Band. Näheres über das Interesse s. bei Schollmeyer zu § 280 Note 4, Kisch S. 186 ff.

28) Ein Verzicht auf die Rechte aus § 280 Abs. 2, der aber im Zweifel nicht zu vermuthen ist. Im Nachweis der Interesselosigkeit des angenommenen Theiles für den Gläubiger liegt prima facie auch der Nachweis der irrthümlichen Annahme dieses Theils, also des mangelnden Verzichtswillens.

29) Vgl. Kisch S. 191 ff.

30) Dasselbe wird analog auch auf den Fall zu erstrecken sein, wenn bei Untheilbarkeit der Leistung (Note 23) der Gläubiger thatsächlich einen Theil empfangen hatte.

31) S. §§ 346 ff. BGB. und unten § 174.

32) Empfangsbedürftige Willenserklärung (Bd. I § 88) wie die Rücktrittserklärung. — Mehrere Gläubiger können das Rücktrittsrecht nur gemeinsam ausüben. Arg. § 356 BGB.

33) Geleistete Dienste sind nach Anleitung des § 346 BGB. dem Werthe nach zu vergüten.

34) § 348 BGB. u. Cit. S. u. §§ 168 ff.

35) Ebensowenig zufällige wesentliche Verschlechterung. § 350 u. arg. § 351 BGB. S. u. § 175.

36) Im Sinne des § 278 BGB. S. § 351 i. f. Vgl. o. § 157 Ziff. II.

37) Umgestaltung des Gegenstands (mittelst Verarbeitung, Umbildung: § 950 BGB.) durch den Empfänger, oder eine Verfügung des letzteren über den Gegenstand, der zu einer solchen Umgestaltung oder schuldhaften Zerstörung, Verschlechterung (des ganzen oder eines wesentlichen Theils des Gegenstandes) führt. Der freiwilligen Verfügung des Empfängers wird auch hier eine

die Rückgabe des Empfangenen, so kann ihm der Schuldner nach Anleitung des § 354 BGB. eine angemessene Frist zur Rückgabe setzen[38]), nach deren Ablauf das Rückgabe- und (entsprechende) Ersatzrecht des Gläubigers erlischt. Auch kann diese Art Entschädigung vom Gläubiger nicht ungemessene Zeit hindurch verlangt werden; vielmehr kann sich der Schuldner im Wege des § 355 durch Setzung einer angemessenen Frist[39]) Klarheit darüber verschaffen, ob es zur Rückgabe kommt.

Will anderseits der Gläubiger den noch möglichen Theil der Leistung annehmen, so darf *nicht umgekehrt der Schuldner diesen Theil unter Berufung auf angebliche Schwierigkeit der Ablieferung zurückhalten*. Denn er hat zu erfüllen was er schuldig ist und thatsächlich noch leisten kann[40]).

5. Häufig erlangt der Schuldner durch den Umstand, der die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführte, *Ersatz oder einen Ersatzanspruch wider einen Dritten*[41]). In solchem Falle kann der Gläubiger *Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs*[42]) verlangen. Sog. Surrogationsprinzip[43]). So auch wenn der Schuldner im Uebrigen von seiner Leistung befreit ist[44]). Ist der Schuldner ersatzpflichtig, so kann das Surrogat nur *unter Anrechnung* auf die Ersatzleistung begehrt werden. § 281 BGB.[45]).

---

erzwungene aus dem Rechte Dritter gleichgestellt. Vgl. §§ 704 ff., 916 ff. CPO., § 126 ff. KO. S. auch oben Bd. I § 99 Note 10.

38) Empfangsbedürftige Willenserklärung. Näheres unten in § 175 Ziff. 2 und wegen der Angemessenheit der Frist oben § 151 Note 9.

39) Mit dem Erfolge, daß das betreffende Recht des Gläubigers *mangels Erklärung seiner Entschließung* innerhalb der Frist erlischt. Auch hierüber s. das Nähere in § 175 unten.

40) A. M. Cosack § 100 Ziff. 2c in nicht zu billigender Herbeiziehung des § 251 Abs. 2, der Naturalentschädigung, nicht Naturalerfüllung betrifft. S. auch Hellmann, Krit. Vjschr. Bd. 40 S. 188 u. A. Nur wenn das Verlangen der Restleistung zur Chikane würde oder gegen das Prinzip von Treu und Glauben verstößt, ist anders zu entscheiden. S. o. §§ 91, 121, 142 2c.

41) Sei es auf Grund einer unerlaubten Handlung (Zerstörung, Beschädigung der Sache durch den Dritten) oder aus anderen Gründen (z. B. aus einem Versicherungsvertrage). Vgl. Kleineidam S. 114 ff., Kisch S. 198 ff., 207 ff., Titze S. 114 ff. Der Ersatz muß *ein rechtlich geschuldeter* sein. Bloße Ersparung von Ausgaben oder Befreiung des Schuldners von Verbindlichkeiten ist kein dem § 281 BGB. unterstehender Vermögensvortheil.

42) Falls letzterer überhaupt übertragbar ist. S. z. B. §§ 399, 400 BGB. und unten § 198. Andernfalls muß Gläubiger die Herausgabe des Ersatzes an den Schuldner abwarten.

43) S. darüber schon oben § 144 II Ziff. 1.

44) Weil die Unmöglichkeit der Leistung auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht.

45) Der Gläubiger hat *wahlweise* den Anspruch auf *vollen Schadensersatz* oder auf das *Surrogat und Schadensersatz abzüglich des Werths des Surrogats*. Besteht letzteres in einem Anspruch, so ist dessen wahrer

Eine Ersatzleistung, die dem Schuldner nicht zur freien Verfügung zukommt, sondern z. B. zur Wiederherstellung des zerstörten Schuldgegenstandes verwendet werden muß, kann der Gläubiger als Surrogat nicht in Anspruch nehmen[46]). Auch muß der Ersatz resp. Ersatzanspruch gerade in Folge des Umstandes erworben sein, der die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführte[47]). Das heißt nicht, daß er die einzige und direkte Wirkung jenes Umstandes sein müsse. Z. B. der Versicherungsanspruch beruht auf dem Versicherungsvertrag, also auf einem besonderen Titel: gleichwohl verfällt die Versicherungssumme in Folge des Untergangs der Sache und ist daher regelmäßig geeigneter Gegenstand der Abtretung[48]). Anderseits soll das Surrogat den geschuldeten Gegenstand vertreten. Die Abtretung kann daher nicht verlangt werden, wenn das Erlangte nicht einen Ausgleich für den entzogenen Vermögenswerth darstellt[49]). Dies ist nicht der Fall, wenn nur eine Handlung oder Unterlassung schlechthin geschuldet wurde und diese durch einen Umstand, der seinerseits dem Schuldner etwas einbringt, verhindert wird[50]); dagegen wohl, wenn ein Gegenstand geschuldet und für diesen[51]) Ersatz erlangt ist.

Werth zur Zeit der Abtretung zu veranschlagen. — Ueber die Abtretung s. unten §§ 197 ff.

46) Arg. § 399 i. f. BGB.

47) Dies betont § 281 BGB. sehr deutlich. Das Verursachungsprinzip ist maßgebend. S. auch Kisch S. 203.

48) Kleineidam S. 116, Planck § 281 Note 2, Schollmeyer eod. Note 2b.

49) Daher z. B. auch nicht, wenn es Draufgabe (§ 338 BGB.) oder eine blos als Zwangsmittel versprochene Vertragsstrafe (Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 219) ist. Kisch S. 199 will auch die Gegenleistung eines Dritten als Surrogat nicht gelten lassen, die der Schuldner als Entgelt aus einem Rechtsgeschäft erlangt, welches die Unmöglichkeit der Leistung gegenüber dem Gläubiger erst bewirkt. Vgl. denselben in Grünhut's Ztschr. Bd. 28 S. 259.

50) A. M. Schollmeyer § 281 Note 2 lit. c. und d; Kleineidam S. 117. Wie hier Kisch S. 205, Titze S. 120.

51) Ist für den Gegenstand auch dann Ersatz verlangt, wenn der Gläubiger nicht die Sache selbst, sondern nur deren Gebrauchsüberlassung ꝛc. zu fordern hatte? Es wird darauf ankommen, ob man den Ausdruck „für den geschuldeten Gegenstand" in § 281 wörtlich oder wirthschaftlich versteht. Ich neige (gegen Titze a. a. O. und Planck, die meiner Auslegung des franz. Rechts in dieser Hinsicht folgen) der freieren Auffassung zu, weil sie gerechter ist und der Wortlaut des § 281 sie gestattet. Auch wird in dem Spezialfall der Enteignung häufig bestimmt ausgesprochen, inwiefern bloße Gebrauchsberechtigte z. B. Miether oder Pächter der enteigneten Sache an der Enteignungssumme partizipiren. Vgl. z. B. Preuß. Gesetz v. 11. Juni 1874 § 11. Soweit dieser Gesichtspunkt praktisch durchführbar, also die Quote zu ermitteln ist, die dem Miether ꝛc. unter Berücksichtigung der Miethzeit an der Entschädigungssumme gebührt, ist dies zu verallgemeinern, also dem Gebrauchsberechtigten die Quote zuzusprechen. Zustimmend die meisten Autoren. Schwankend Kisch S. 205 im Verhältniß zu S. 206.

§ 159.

b) Gleichstehende Fälle.

I. Es ist bereits hervorgehoben [1]), daß die Zeit der Leistung nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses derart zu ihren Erfordernissen gehören kann, daß Leistung zu anderer Zeit gar keine Erfüllung ist. Ist hier die richtige Zeit versäumt, so ist die Erfüllung unmöglich geworden [2]).

Ebenso kann bei den sog. Fixgeschäften die verspätete Leistung ohne Weiteres abgelehnt und dadurch ihrer ferneren Bewirkung ein Ziel gesetzt werden [3]). Auf Grund der Ablehnung ist die Leistung also fernerhin gleichfalls wie eine unmögliche zu behandeln. Die Ablehnung [4]) kann sich bei gegenseitigen Verträgen zum Rücktritt vom ganzen Vertrage [5]) auswachsen. S. § 361 BGB. Dagegen ist sie nicht mit einer Inverzugsetzung des säumigen Schuldners zu verwechseln. Denn einmal kann die abgelehnte Leistung nicht ferner bewirkt werden, und außerdem ist diese Wirkung nicht davon abhängig, daß die Verzögerung auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht [6]). — Zwischen objektiven (in der Sache selbst liegenden) und subjektiven Gründen der Nichtleistung zu rechter Zeit wird auch hier nicht unterschieden. Vielmehr hängt die Beantwortung der Frage, ob der Schuldner für die nicht mehr zu bewirkende Leistung Schadensersatz schuldet, von seiner Verantwortlichkeit für die Verzögerung ab [7]).

II. Auf dieser Bahn wird schließlich noch ein Schritt weiter gegangen [8]). Auch abgesehen von den eben erwähnten Fällen, in denen

1) S. o. § 156 Ziff. III.

2) Vgl. das Beispiel § 156 Note 31. Einer besonderen Erklärung des Gläubigers (Rücktritt, Mahnung) bedarf es nicht. Es können ohne Weiteres nach Ablauf der Frist die im vorigen Paragraphen besprochenen Konsequenzen gezogen werden. S. dazu noch unten § 170.

3) Nach Art des § 280 Abs. 2 S. 1 BGB. Vorbehaltlich immer, daß von den Parteien nicht ein Anderes bestimmt ist. Vgl. u. § 172 Ziff. 2.

4) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. o. Bd. I § 88. Durch diese Erklärung wird die Unmöglichkeit der Leistung im gegebenen Falle konstatirt, da sie nicht schon in der Sache selbst liegt, also (wie in den Fällen Note 2) ohne Weiteres für Andere erkennbar ist.

5) Also auch von der eigenen Leistung des Ablehnenden. S. u. § 172.

6) Wogegen der Verzug nach § 285 BGB. voraussetzt, daß der Schuldner den Grund der Verspätung zu vertreten hat. S. u. § 161.

7) Abgesehen vom Fall des gegenseitigen Vertrags, wenn der nichtsäumige Theil in Folge der Verzögerung zurücktritt. Durch den Rücktritt wird Alles in den früheren Zustand versetzt und entfallen weitere Schadensersatzansprüche. S. u. § 170 Note 51 und § 172.

8) Vgl. Titze, Unmöglichkeit S. 146, 190. A. M. Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs Heft 1: Fristbestimmung (1901). S. u. Note 14.

die Zeit der Leistung schon nach dem besonderen Inhalt des Schuldverhältnisses wesentlich ist, verdient allgemein Berücksichtigung, wenn der Schuldner überhaupt nicht zur Leistung zu bringen ist. Ein solches Verhalten widerspricht jedenfalls dem Schuldverhältniß, so weit sein Inhalt auch im Uebrigen gefaßt sein mag. Auch bedarf der Gläubiger in solchen Fällen eines besonderen Schutzes. Der regelmäßige Weg für ihn würde sein, den Schuldner auf die Leistung zu verklagen[9]) und sie alsdann im Wege der Zwangsvollstreckung mit den gewöhnlichen Vollstreckungsmitteln zu erzwingen[10]). Aber die Beschreitung dieses Weges ist (abgesehen von seiner Weitläufigkeit) weder als einzige Maßregel wünschenswerth noch für den Gläubiger ausreichend[11]). Die in Betracht kommenden Zwangsmittel (direkter Zwang, Haft, Geldstrafe) sind sehr einschneidend: nur zögernd hat unser Recht sie zugelassen[12]) und sie bleiben besser auf die Fälle beschränkt, in denen es dem Gläubiger unter allen Umständen auf die Naturalleistung ankommt. Vielfach wird er bei dauernder Renitenz des Schuldners gern von der hartnäckig verweigerten Leistung abstehen: gewaltsam erzwungen, würde sie oft so schlecht als möglich ausfallen, und daher nicht genügen. Das Gesetz gibt deshalb dem Gläubiger die Befugniß, die hartnäckig verweigerte Leistung abzulehnen und dadurch fernerhin unmöglich zu machen. Der Gläubiger konstatirt durch seine Ablehnung[13]), daß die Leistung unter bewandten Umständen von ihm nicht mehr als Erfüllung des Schuldverhältnisses betrachtet wird,

9) Vorauszusetzen ist, daß die Leistung nach dem besonderen Inhalt des Schuldverhältnisses noch möglich ist.

10) S. §§ 883 ff. CPO., insbesondere §§ 887—892 daselbst. Vgl. o. § 141 zu Note 3 ff.

11) Schadensersatz statt der Naturalerfüllung (§ 893 CPO.) könnte er erst auf Grund des Nachweises verlangen, daß die ursprüngliche Leistung durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden sei. § 280 BGB. Dies wäre zweifellos zu eng (der Nachweis ist in vielen Fällen für den Gläubiger kaum zu führen: durch einen fruchtlosen Exekutionsversuch allein wird er noch nicht geliefert). Es widerspräche auch dem bisherigen Recht, welches immer schon an Stelle der nicht erzwingbaren Naturalleistung den Anspruch auf das Interesse treten ließ. Vgl. l. 1 pr. Dig. de A. E. V. 19, 1 u. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 178 ff. für das gemeine, Bd. 22 S. 255 ff. für das preuß., und die berühmten Art. 1142 ff. Code Napoléon für das franz. Recht.

12) Im röm. Recht war es ursprünglich die Regel, daß überhaupt das richterliche Urtheil auf Geld gehen sollte. Allein schon das spätere Recht ließ eine Verurtheilung auf die Leistung selbst zu, und mehr und mehr wurden auch direkte Zwangsmittel zur Durchsetzung dieser Leistung zugelassen. S. jetzt die oben Note 10 cit. Stellen. Daneben blieb dann das Problem übrig, inwieweit der Gläubiger berechtigt sei, von dem Verlangen der Erfüllung zu dem auf Schadensersatz überzugehen. Ueber das bisherige Recht s. die vorige Note.

13) Aehnlich wie schon in anderen Fällen. S. o. Note 4.

worauf das Gesetz sie als unmöglich behandelt. Das ist keine Fiktion[14]), sondern eine natürliche Folge aus dem Wesen des Schuldverhältnisses, dessen Sinn (nach Treu und Glauben und den maßgebenden Verkehrsgrundsätzen) nicht dahin verstanden werden kann, daß der Gläubiger in solchen Fällen in Ewigkeit auf Leistung warten oder sich mit unzureichenden Mitteln (roher Gewalt 2c.) einen halben Leistungserfolg verschaffen müsse. An Stelle des letzteren tritt nach seiner Wahl der Anspruch auf Schadensersatz[15]).

Die Voraussetzungen dieses Anspruchs sind aus § 283 zu entnehmen.

1. Der Schuldner muß rechtskräftig zur Leistung verurtheilt sein[16]), ist also zunächst auf die geschuldete Leistung zu verklagen. Auf Grund des Urtheils kann der Gläubiger auf Naturalerfüllung dringen; — er kann aber auch (nach § 283) von der zwangsweisen Beitreibung in der Art abstehen, daß er dem Schuldner zur freiwilligen Erfüllung eine angemessene Frist stellt[17]) mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung ablehne[18]). Die Erklärung bindet ihn selbst, wie auch den Schuldner[19]). Es kommt jetzt also nur noch darauf an, ob der Schuldner innerhalb der Frist leistet[20]). Thut er dies nicht[21]), so kommt nur noch[22]) eine etwaige Schadensersatzleistung in Frage. S. u. Ziff. 3.

14) Wie die Motive zum BGB. Bd. II S. 53 i. f. behaupten. Dagegen mit Recht auch Romeick in der Note 8 cit. Schrift. Aber daraus folgt noch nicht die Unrichtigkeit des Textes.

15) Also ohne den aus § 280 BGB. folgenden, in Note 11 besprochenen Nachweis.

16) S. §§ 705, 706 CPO. Vorläufige Vollstreckbarerklärung des Urtheils genügt nicht. — Es ist zu beachten, daß der Gläubiger dieses verurtheilende Erkenntniß niemals erringen würde, wenn der Schuldner beweist, daß ihm die Leistung aus einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande unmöglich geworden ist. S. § 275 BGB.

17) Empfangsbedürftige Willenserklärung (s. o. Bd. I § 88) mit dem bezeichneten doppelten Inhalt, falls nicht die Fristsetzung nach Maßgabe der vorigen Note bereits im Urtheil auf Erfüllung erfolgt ist.

18) Es gelten die Grundsätze wie oben § 151 Note 8 ff. — Praktische Schwierigkeiten werden dadurch vermieden, daß nach § 255 CPO. dem Gläubiger gestattet ist, die Frist gleich im Urtheil auf Erfüllung (also vom Gericht) normiren zu lassen.

19) Vorausgesetzt, daß die Erklärung nicht aus anderen Gründen (s. z. B. Bd. I §§ 80 ff.) unwirksam, und die Frist angemessen war. Doch kann die Erklärung wiederholt werden.

20) Es sei denn, daß die Leistung innerhalb der Frist aus anderen Gründen für den Gläubiger jedes Interesse verlor und der Schuldner sich im Verzug befand. Dann kann der Gläubiger die Leistung also auch noch innerhalb der Frist ablehnen. Den Verzugsgrundsätzen (§ 286 Abs. 2 BGB.) wird durch unsere Vorschrift nicht präjudizirt.

21) Der Beweis der rechtzeitigen Leistung ist Sache des Schuldners.

2. Voraussetzung der in Rede stehenden Befugniß ist nicht Leistungsverzug des Schuldners. Der Fall kann so liegen, daß der Schuldner für den Grund der Leistungsweigerung nicht verantwortlich ist[22]); anderseits ist die Vorschrift des § 283 für den Gläubiger selbst dann brauchbar, wenn wirklich Unmöglichkeit der Leistung vorlag und der Gläubiger nichts davon wußte[24]). Letzterer kann sogar die Unmöglichkeit ignoriren[25]), und das Gericht kann auf die Leistung verurtheilen, falls der Beklagte seine restlose Befreiung (§ 275 BGB.) nicht darzuthun vermag[26]). Der Uebergang zum Schadensersatz ergibt sich in diesem Fall aus Nichteinhaltung der Frist des § 283 oder aus fruchtlosen Exekutionsversuchen des Gläubigers[27]) von selbst.

3. Der Schadensersatzanspruch des Gläubigers[28]) entsteht unmittelbar aus Nichtleistung innerhalb der Frist. Es bedarf keiner weiteren Voraussetzungen. Entweder der Schuldner wollte nicht leisten: dann hat er seine Weigerung zu vertreten[29]). Oder er konnte nicht leisten: dann schuldet er nach den Regeln der Unmöglichkeit Ersatz[30]), falls er nicht nachweisen kann, daß die Unmöglichkeit der Leistung auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht[31]). Diese Ausnahme enthält § 283 ausdrücklich. Wenn er sie nur für eine nach Erlaß des verurtheilenden Erkenntnisses eintretende Unmöglichkeit ausspricht, so rührt dies daher, daß

---

22) Es braucht nicht hervorgehoben zu werden, daß die Parteien durch übereinstimmenden Willen auf die ursprünglich geschuldete Leistung zurückkommen, die aus § 283 folgende Wirkung also wieder beseitigen können. Letzterer enthält in dieser Hinsicht kein zwingendes Recht.

23) Wogegen der Verzug nach § 285 BGB. verlangt, daß Schuldner den Grund der Nichtleistung zu vertreten hat.

24) Freilich erlangt er nur ein verurtheilendes Erkenntniß, wenn der Schuldner nicht nach § 275 BGB. befreit ist. S. o. Note 16.

25) Dem Gläubiger ist nicht zuzumuthen, die Unmöglichkeitsfrage vor der Klage zu erforschen. Er klagt einfach auf die geschuldete Leistung.

26) S. o. Note 24 u. Bd. I § 127 zu Note 16. — Andernfalls braucht die zwischenzeitliche Unmöglichkeit der Leistung im Prozeß gar nicht zur Sprache zu kommen.

27) Nach §§ 883 ff., 893 CPO.

28) Im gewöhnlichen Umfang. S. o. § 151. Nur selbstverständlich in Geld. Die §§ 255, 281 BGB. finden Anwendung. — Die gerichtliche Zuerkennung des Schadensersatzes erfolgt nach § 893 CPO.

29) Weil das Schuldverhältniß nicht erloschen ist, tritt die entsprechende Verwandlung seines Inhalts (wie stets in diesen Fällen) auf Ersatz ein.

30) Bei gegenseitigen Verträgen tritt unter Umständen hier ein Rücktrittsrecht von dem Vertrage an die Stelle. S. § 325 Abs. 2 BGB. und unten § 170.

31) Entsprechend den §§ 275, 280 BGB. Die Beweislast des Schuldners folgt aus der Wortfassung des § 283 Abs. 1, wie aus allgemeinen Grundsätzen (Bd. I § 127 zu Note 16).

das Erkenntniß, indem es den Schuldner zur Leistung verurtheilte, schon rechtskräftig entschieden hat, daß ihm für die frühere Zeit keine Entschuldigungsgründe zur Seite stehen[32]). Aus besonderen Gründen kann der Verpflichtete selbst für die nach dem Urtheil zufällig unmöglich gewordene Leistung Ersatz schulden[33]).

4. Die dem Schuldner gesetzte Frist wird nur durch vollständige Leistung gewahrt. Theilleistung braucht der Gläubiger auch hier nicht anzunehmen[34]). Indessen kann er dies freiwillig gethan haben[35]). Folgt dann der Rest bis zum Ablaufe der Frist nicht nach, so wird dies mangels entgegenstehender Vereinbarung nach Art theilweiser Unmöglichkeit der Leistung behandelt[36]). Der Gläubiger kann also den Schadensersatz wegen Nichterfüllung in diesem Fall nur für den übrigen Theil der Leistung fordern, es sei denn, daß das bisher Gelieferte allein kein Interesse für ihn hat[37]). § 283 Abs. 2.

2. Verzögerung der Leistung.

§ 160.

Allgemeine Wirkungen. — a) Rechtshängigkeit der Forderung ꝛc.*.

Eine Verzögerung der Leistung über die Zeit der Fälligkeit[1]) hinaus hat Rechtswirkungen einmal für sich, d. h. sofern keine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, — dann aber auch neben derselben, insofern die Leistung erst nach stattgefundener Verzögerung unmöglich wird. In diesem Falle werden die Wirkungen beider Institute kombinirt.

Es ist schon hervorgehoben, daß die einfache Verzögerung der Leistung nicht in allen Fällen Rechtsfolgen nach sich zieht.

32) Dies entspricht denn auch (da an dem Urtheilsinhalt nicht mehr zu rütteln ist) dem Grundsatz des § 767 Abs. 2 CPO. Daraus ergibt sich auch der kritische Zeitpunkt, nach welchem die in Rede stehende Unmöglichkeit eingetreten sein muß.

33) Z. B. weil er sich im Leistungsverzug befand. S. § 287 BGB. und unten § 162. Der § 283 BGB. will auch hier den Verzugsgrundsätzen keineswegs vorgreifen.

34) S. § 266 BGB. u. oben § 145 Note 38.

35) Z. B. in der Hoffnung, daß die Restleistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt werde.

36) Also wie oben § 158 Ziff. 4.

37) Beweislast und Detail sind wie bei theilweiser vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit. Das Empfangene ist auch hier vom Gläubiger gegen Erlangung des vollen Schadensersatzes zurückzugewähren.

*) Endemann I § 136; Cosack § 107; Enneccerus I § 202.

1) S. o. § 156.

Sie ist im Leben zu häufig; oft ist sie schwer vermeidlich und bringt dem Gläubiger keinen Nachtheil. Der Eintritt besonderer Rechtsfolgen aus der Verzögerung setzt also einen weiteren Grund, eine selbständige juristische Ursache voraus, welche je nachdem sein kann:

1. Rechtsgeschäftliche Bestimmung, welche an das Ausbleiben der Leistung zur Zeit der Fälligkeit besondere Rechtsfolgen anknüpft; z. B. die Verpflichtung zu Schadensersatz, Vertragsstrafe, das Recht des Rücktritts vom Vertrage ꝛc.

2. Auch das Gesetz knüpft unter Umständen an das Ausbleiben der Leistung eine Verpflichtung an.

a) Entweder ohne Weiteres, wie die Zinspflicht in gewissen Schuldverhältnissen[2]); oder

b) als Folge der Rechtshängigkeit des Anspruchs[3]). Hierher gehört die Verpflichtung zu Prozeßzinsen bei Geldschulden[4]). § 291 BGB. Diese Zinsen laufen also erst von der Klageerhebung resp. einem ihr gleichstehenden Akt des Gläubigers ab, vorausgesetzt daß die Schuld in diesem Augenblick fällig war[5]); andernfalls erst von der Fälligkeit der Forderung. Der Zinsfuß ist der gesetzliche. Kann jedoch der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen verlangen, so sind diese auch von der Rechtshängigkeit ꝛc. ab fortzuentrichten. Geschuldete Zinsbeträge sind regelmäßig nicht weiter zu verzinsen[6]).

Aehnlich bestimmt das Gesetz bei Schuldverhältnissen auf Herausgabe eines bestimmten individuellen Gegenstandes[7]), daß von der Rechtshängigkeit des Anspruchs ab der Schuldner hinsichtlich der Aufbewahrung, Erhaltung und Nutzung des Streitgegenstands dieselben Pflichten hat, wie der Besitzer einer Sache gegenüber dem Eigenthumsanspruch (rei vindicatio). § 292[8]). Der Schuldner haftet also,

2) S. o. § 149 Ziff. 2b besonders gegen Ende. Z. B. in den Fällen §§ 452, 641 Abs. 2 BGB. und vielfach im Handelsrecht.

3) S. o. Bd. I § 129.

4) S. schon § 129 zu Note 22.

5) Ueber Klagen auf betagte Leistungen s. insbes. §§ 257—259 CPO.

6) § 291 BGB. u. Cit. Ueber das Verbot des Anatozismus s. schon oben § 149 Ziff. 5. — Weitergehende Ansprüche wegen Verzugs (z. B. auf vollen Schadensersatz) bleiben in allen diesen Fällen unberührt.

7) Gemeint sind Speziesschulden aller Art. Auf erstmalige Leistung, wie auf Rückgabe. Z. B. die Ansprüche des Käufers, Miethers, auf Uebergabe der gekauften, gemietheten Sache ebensowohl wie die Ansprüche des Vermiethers, Verleihers ꝛc. auf Rückgabe. — Ohne besondere Folgen ist die bloße Rechtshängigkeit bei Gattungsschulden, die nicht Geldschulden sind. Hier sind Prozeßzinsen nicht üblich und andere Folgen nicht zu konstruiren.

8) In Verbindung mit §§ 987, 989 ff. BGB. — Ueber die Haftung des mit der rei vindicatio belangten Besitzers einer Sache auf die sog. omnis causa rei s. u. das Sachenrecht.

wenn er verurtheilt wird, nicht blos auf den Schuldgegenstand selbst in seinem dermaligen Bestande, sondern auch auf die Nutzungen desselben von der Zeit der Rechtshängigkeit ab: sowohl der gezogenen, als der schuldhaft (nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft) versäumten; ingleichen für Verschulden in Behandlung des Leistungsgegenstandes, sofern daraus eine völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung[9]) entspringt[10]). Nur wenn im gegebenen Fall die Haftung des Schuldners nach Inhalt des Schuldverhältnisses eine geringere ist[11]), soll sie auch in dieser Beziehung nicht verschärft werden[12]). § 292 Abs. 1 i. f. BGB. Umgekehrt kann sie aus besonderen Gründen jenes Maß übersteigen[13]). — Zu Gunsten des Schuldners wird ein Anspruch auf Ersatz von Verwendungen auf den Leistungsgegenstand[14]) im gleichen Umfang wie gegenüber der aus dem Eigenthum erhobenen Klage anerkannt. § 292 Abs. 2[15]).

c) Daneben gibt es noch Sondervorschriften für einzelne Fälle, über die sich nichts Allgemeines sagen läßt. Z. B. wird die Rückgabe des vermietheten oder verpachteten Gegenstandes vom Empfänger des letzteren verzögert, so ist für die Zeit der Säumniß der bedungene Pacht- oder Miethzins verhältnißmäßig fortzuentrichten. §§ 557, 597 BGB.[16])

---

9) Durch Untergang, Verschlechterung des Schuldgegenstandes 2c.

10) Schuldhaftes Verhalten nach der Rechtshängigkeit der Forderung! Der Schuldner braucht nicht in Verzug zu sein: er kann sich gutgläubig vertheidigen. Aber nachdem der Gegenstand ihm gerichtlich abgefordert worden ist, hat er die Pflicht der custodia in Ansehung des Gegenstandes (s. o. § 157 Ziff. I), deren schuldhafte Verletzung ihn selbständig haftbar macht.

11) Z. B. er haftet danach nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten oder gar nur für Arglist oder grobes Verschulden.

12) Entsprechend oben § 157 Note 6.

13) Z. B. wegen Verzugs des Schuldners (Haftung für Zufall: § 287 BGB.), oder auf Grund besonderer Abmachung der Parteien (Uebernahme einer absoluten Haftung für die Leistung 2c.). S. ferner die Fälle §§ 819, 848 BGB. und dazu unten § 161 i. f.

14) S. o. § 151 Ziff. III.

15) Hiernach sind nothwendige Aufwendungen (z. B. an dem verkauften oder gemietheten Hause) nach Erhebung der Kaufklage oder der Klage des Vermiethers auf Rückgabe nach den Vorschriften über die nützliche Geschäftsführung (unten §§ 254 ff.) stets zu ersetzen, andere Aufwendungen gewöhnlich nicht. S. §§ 994 Abs. 2, 996; jedoch auch 998. — Soweit die Ansprüche des Schuldners gehen, hat er auch ein Zurückbehaltungsrecht der geschuldeten Leistung nach Anleitung des § 1000 BGB. S. o. Bd. I § 124.

16) Auch hierdurch werden aus besonderen Gründen (insbesondere Verzug) entspringende weitere Ansprüche auf vollen Schadenersatz 2c. nicht ausgeschlossen.

b) Verzug des Schuldners*.

§ 161.

a. Voraussetzungen.

Unter besonderen Umständen wird die Verzögerung der geschuldeten Leistung zum Verzug. Dieser ist ein besonderes Rechtsinstitut mit eigenthümlichen Voraussetzungen und Wirkungen. Dasselbe dient zur Ausgleichung der Nachtheile, welche der Gläubiger bei besonders qualifizirter Verzögerung der Leistung durch deren Verspätung erleidet[1]).

Die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges sind (§§ 284, 285 BGB):

1. Fälligkeit der Forderung[2]). Solange der Gläubiger nicht fordern kann, ist überhaupt von keiner Verzögerung der Leistung die Rede. Hierbei wird wichtig, ob der Schuldner nach Inhalt des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses nur Zug um Zug gegen eine andere Leistung verpflichtet ist[3]). Ist das Schuldverhältniß ein unvollkommenes (oben § 140), so kommt der Schuldner durch die Nichterfüllung nicht in Verzug[4]).

2. Die Nichterfüllung des Schuldverhältnisses muß auf einem Umstande beruhen, welchen der Schuldner nach den allgemeinen Regeln[5]) zu vertreten hat[6]). Der Verzug setzt also ein Verschulden des Leistungspflichtigen voraus, es sei denn, daß letzterer nach Inhalt des

---

*) Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht 3. Abth. (1855); Kniep, Die Mora des Schuldners, 2 Bde. (1871, 1872); G. Lehmann, Die Ausweitung der debitorischen Verzugsfolge (1891). — Stammler S. 140ff., Dernburg §§ 71—72; Endemann I §§ 137—138; Cosack § 105; Mathiaß I § 80; Ennecceruß I §§ 198 ff.

1) Voraussetzungen und Wirkungen des Schuldnerverzugs sind in §§ 284ff. BGB. in engstem Anschluß an das röm. Recht (nur unter Beseitigung einiger Streitfragen) geregelt.

2) Was dazu gehört, s. o. § 156. Bei Präsentationspapieren tritt nach § 155 Note 25 die Fälligkeit erst mit der Präsentation ein. Selbstredend darf dem Anspruch des Gläubigers auch keine Einrede entgegenstehen. S. schon l. 54 Dig. de pactis 2, 14 ꝛc., sowie auch unten Ziff. 2.

3) Er hat dann bis zum Verfolg dieser Leistung eine Einrede (s. die vorige Note); sei es des Zurückbehaltungsrechts (Bd. I § 124) oder des nicht erfüllten Vertrages (s. u. § 169).

4) Denn es fehlt die Einforderbarkeit der Schuld. S. schon römisch (bei den sog. Naturalobligationen) l. 88 Dig de R. J. 50, 17.

5) S. darüber oben § 157.

6) Die gemeinrechtliche — übrigens sicherlich ebenso zu entscheidende — Streitfrage ist durch § 285 BGB. erledigt. Die Bestimmung rechtfertigt sich aus inneren Gründen über das Wesen der Schuldnerhaftung.

Schuldverhältnisses auch ohne Verschulden für die Leistung haftet[7]). Insbesondere hat er auch hier bei Gattungsschulden sein persönliches Unvermögen zur Leistung zu vertreten[8]). Mangel an Zahlungsmitteln[9]) hindert also nicht den Verzug. § 279 BGB. Wohl aber kommt der Schuldner regelmäßig dann nicht in Verzug, wenn er guten Grund hat, sich der Leistung zu weigern[10]), oder auch nur anzunehmen, daß die Schuld nicht bestehe (z. B. wenn er es gutgläubig auf einen Prozeß ankommen läßt)[11]). Entschuldbarkeit des Irrthums über den Bestand des Forderungsrechts schließt auch in dieser Beziehung das Verschulden aus[12]). Nach allgemeinen Grundsätzen muß jedoch der Schuldner beweisen, daß er die Leistung aus einem Grunde verzögerte, für den er nach Inhalt des Schuldverhältnisses nicht verantwortlich ist[13]). — Wenn über den Inhalt der Verpflichtung Streit besteht und der Schuldner nicht so zu leisten braucht wie es der Gläubiger verlangt, so wird der Verzug jedoch nicht immer ausgeschlossen[14]). Jedenfalls aber dann, wenn Gläubiger

---

7) Z. B. für seine Gehülfen bei der Leistung und gesetzlichen Vertreter (s. § 278 BGB. und oben § 157 Ziff. II); oder auf Grund einer absoluten Garantieübernahme für die Leistung ꝛc.

8) S. darüber des Näheren oben § 158 zu Note 12. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den Verzug leugnet mit Unrecht Dernburg § 71 i. f. Verzug und Unvermögen sind hier überhaupt inhaltlich kaum zu unterscheiden. Vgl. o. § 145 Note 19. § 279 BGB. paßt jedenfalls auf beide Fälle.

9) Wohl aber die anderen in § 158 Note 15 erwähnten Umstände, soweit sie die Leistung verzögern und nach Inhalt des Schuldverhältnisses nicht zu vertreten sind.

10) Nur einen Anwendungsfall enthält Note 2. — Ist die Leistung ihrer Natur nach mit einem gewissen Zeitverlust verbunden oder erfordert sie zeitraubende Vorbereitungen, so tritt kein Verzug ein, wenn der Schuldner nur jeden unnöthigen Zeitverlust vermeidet.

11) Dann verbleibt es bei den oben § 160 Ziff. 2b geschilderten Prozeßwirkungen.

12) Wegen Rechtsirrthums s. auch oben Bd. I § 22 zu Note 5 ff. — Die Berufung auf Irrthum ist ausgeschlossen, soweit der Schuldner für die Leistung absolut haftet.

13) S. o. § 157 Ziff. III. — Im Fall des Irrthums hat er die gerechten Gründe seines Zweifels darzuthun. Dabei ist zu beachten, daß er regelmäßig durch Mahnung (s. u. Ziff. 3) zur genauen Prüfung seiner Verpflichtung aufgefordert worden ist.

14) Sonst würde jede unbedeutende Differenz in der Auffassung über den Inhalt der Verpflichtung, wie sie bei den meisten Verbindlichkeiten vorkommt, eine bequeme Handhabe, um womöglich gar nicht zu erfüllen und dadurch den Gläubiger mürbe zu machen. Es ist vielmehr Thatfrage, ob und inwiefern der Schuldner guten Grund hat, sich unter den obwaltenden Umständen überhaupt der Leistung zu weigern (s. o. bei Note 10), oder anzubieten was er schuldig ist. Vgl. dazu Entsch. d. ROHG. Bd. 9 S. 271, Bd. 16 S. 200, Bd. 18 S. 276 und des RG. Bd. 9 S. 141 ff. Dernburg § 71 zu Note 9, Schollmeyer, Oertmann zu § 284 BGB. A. M. Planck cod., Endemann § 137 zu Note 7.

die seinem Standpunkt nicht entsprechende Leistung anzunehmen verweigert[15]).

3. Der Verzug setzt endlich Gewißheit darüber voraus, daß der Gläubiger die Leistung gerade jetzt erwartet. Diese Gewißheit liegt mit dem bloßen Herankommen des Fälligkeitstermins noch keineswegs vor[16]). Es bedarf einer Konstatirung, daß der Gläubiger durch die Verzögerung Schaden leidet[17]). Die Konstatirung erfolgt

a) regelmäßig mittelst einer besonderen vom Gläubiger ausgehenden Erklärung: der sog. Mahnung (interpellatio). Vor Fälligkeit der Forderung ist sie nicht wirksam[18]). § 284 Abs. 1 BGB. Die Mahnung ist an den Schuldner zu richten. Sie ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung[19]), bedarf aber im Uebrigen zu ihrer Gültigkeit[20]) keiner Form. Inhaltlich muß sie das Leistungsverlangen zum Ausdruck bringen: es genügen also nicht Erklärungen, deren Sinn auch sein kann, den Schuldner blos an die Forderung zu erinnern oder über ihre Höhe zu unterrichten (wie z. B. einfache briefliche oder gar mündliche Erwähnung der Forderung, die Zusendung einer Rechnung[21]) u. dgl.). Kündigung ist keine Mahnung. Sie führt gegebenenfalls die Fälligkeit der Forderung erst herbei, während die Mahnung sie voraussetzt[22]).

---

15) Aus Gründen des Annahmeverzugs und des unten § 165 Gesagten.

16) S. o. § 156.

17) Den er selbstverständlich nicht tragen will (sofern der Schaden nicht wegen besonderer Entschuldigungsgründe des Verpflichteten auf ihn zurückfällt. S. o. Ziff. 2).

18) Das Erforderniß der Mahnung ist röm. Ursprungs (vgl. l. 32 Dig. de usur. 22, 1); doch sollte hier auch eine vor der Fälligkeit vollzogene Mahnung genügen. Dies ist mit Recht beseitigt. — Das deutsche Recht kannte die Mahnung auch (s. z. B. Brunner in der Ztschr. f. Handelsr. Bd. 22 S. 74 ff.), verlangte sie aber nicht immer; namentlich dann nicht, wenn eine Bringschuld vorlag, für die ein fester Leistungstermin festgesetzt war (s. Löning, Der Vertragsbruch im deutschen Recht, 1876 S. 165 ff.).

19) S. o. Bd. I § 88. Dadurch erledigen sich die röm. Detailvorschriften über das Verbot der Mahnung zu unpassender Zeit und an unpassendem Orte (vgl. l. 32 Dig. eod.; l. 23, 24 Dig. de V. O. 45, 1; l. 36 § 3 Dig. de legat. I, 30). Desgleichen über den Erklärungsempfänger und die Behandlung bei Abwesenheit desselben (l. 23 § 1 Dig. de usur. ist beseitigt). S. jetzt § 132 BGB.

20) Den Beweis wird sich der Gläubiger zweckmäßig (z. B. durch eingeschriebenen Brief ꝛc.) sichern; denn die Voraussetzungen des Verzugs hat er zur Begründung seiner Ersatzforderung ꝛc. (unten § 162) darzulegen. Sie gehören zum Klagegrunde.

21) Ob auch nicht einer quittirten? Oder eines Postauftrags? S. Dernburg § 71 zu Note 8.

22) Gegenüber § 284 Abs. 1 BGB. ist diese Entscheidung zweifellos. Inwiefern eine besondere Mahnung nach der Kündigung entbehrlich ist, s. daselbst Abs. 2 u. unten lit. b. Ebensowenig ersetzt die Aufrechnungserklärung eine Mahnung. — Uebrigens kann ein Anerkenntniß des Schuldners die Bedeutung haben, sich so behandeln lassen zu wollen, wie wenn er in mora wäre.

Mahnung zur Leistung auf einen bestimmten späteren Zeitpunkt ist zulässig[23]).

Daß ein formalisirtes gerichtliches Leistungsverlangen, wie es in der Erhebung einer Klage auf die Leistung[24]) oder in der Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren (§§ 253, 281, 500, 510, 693, 695 ff. CPO.) liegt, die formlose Mahnung ersetzt, ist selbstverständlich und wird vom Gesetz nur zur Verdeutlichung hervorgehoben. Ist aber die Klage vor der Fälligkeit erhoben, so kann man darin keine Mahnung auf den späteren Fälligkeitszeitpunkt erblicken[25]): wohl aber, wenn die Fälligkeit demnächst im Laufe des Prozesses eintritt[26]), in der weiteren Fortführung des Verfahrens. — Handelt es sich um Zug um Zug zu bewirkende Leistungen, so ist weder zur gerichtlichen noch außergerichtlichen Mahnung Angebot der Gegenleistung erforderlich: es kommt vielmehr nur darauf an, ob der Gläubiger zur Zug- um Zugleistung bereit ist[27]).

Berechtigt zur Mahnung ist der jeweilige Gläubiger resp. sein legitimirter Vertreter[28]), also auch ein Cessionar (unter Beobachtung des § 410 BGB.)[29]). Wegen der Wirksamkeit des Geschäfts im Uebrigen gelten die allgemeinen Grundsätze[30]).

---

23) Sie ist negotium purum, nicht befristetes Rechtsgeschäft. Das Leistungsverlangen, das der Gläubiger für sofort stellen könnte, kann er nach den Grundsätzen des § 156 oben auch für einen bestimmten späteren Zeitpunkt stellen (sogut wie er auch stunden kann). Irrig Planck zu § 284 Note 4 lit. f. — Ueber bedingte Mahnung s. o. Bd. I § 97 zu Ende.

24) Nicht in einer Feststellungsklage. S. o. Bd. I § 133. — Das Erforderniß des Leistungsverlangens, das in der Mahnung liegen muß, gibt an die Hand, welche Akte als Mahnung gelten können und welche nicht. Z. B. keineswegs alle, welche zur Unterbrechung der Verjährung (oben Bd. I § 116 Note 16 ff.) taugen. Es handelt sich um ein ganz anderes Ziel. Daher ersetzt z. B. die in einem anderen Prozeß an den Schuldner ergehende Streitverkündung, oder die Pfändung einer Forderung durch den creditor creditoris (s. § 829 CPO.) nicht die Mahnung.

25) Denn entweder liegt einfache pluspetitio vor, oder die Klage dient (wie in den Fällen der gestatteten Einklagung betagter Leistungen z. B. §§ 257—259 CPO.) ähnlichen Zwecken wie die Feststellungsklage (s. die vorige Note).

26) S. o. Bd. I § 129 Ziff. 1a u. Cit. Kann doch auch eventuell aus solchem Anlaß die Feststellungs- in eine Leistungsklage verwandelt werden. Siehe § 268 CPO.

27) Wann und wo der Gegner leisten soll. Angebot ist daher nur nöthig, wenn der Gläubiger seine Leistung bringen und die Gegenleistung abholen muß. — Kein Verzug tritt ein, wenn der Gläubiger von vornherein die Zug- um Zugleistung verweigert.

28) Wozu § 174 BGB. und das oben Bd. I § 103 Ziff. 6b Gesagte zu vergleichen ist.

29) S. auch unten §§ 199 ff. Bei Pfandforderungen s. noch § 1160 BGB.

30) S. z. B. über Geschäftsfähigkeit und Verfügungsbefugniß ꝛc. oben Bd. I §§ 83 ff.; über die Erfordernisse der klageweisen Mahnung das Prozeßrecht.

b) Uebrigens bedarf es nicht immer einer Mahnung. Sie hat ihren guten Sinn bei unbetagten Forderungen, weil diese unmittelbar mit der Begründung fällig sind und doch selten sofort erfüllt werden. Ebenso bei betagten Forderungen mit nicht genau bestimmten Leistungsterminen. In allen diesen Fällen bedarf es einer besonderen Konstatirung, daß die Leistung jetzt erwartet, bei ihrem Ausbleiben der Gläubiger geschädigt wird. Bei betagten Forderungen mit fest bestimmten Leistungsterminen liegt jedoch in der Festsetzung wohl auch, daß die Leistung bis zu jenem Termin erwartet wird. Unter dem Einfluß dieser Anschauung[31]) wird bestimmt, daß der Schuldner ohne Mahnung in Verzug kommen soll, wenn die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist[32]) und die Leistung zur festgesetzten Zeit nicht erfolgt. § 284 Abs. 2. Auch muß der Gläubiger die Leistung nicht abzuholen haben[33]). Gleichgültig ist, ob der Termin durch Rechtsgeschäft, behördliche Anordnung, Urtheil, oder unmittelbar durch das Gesetz bestimmt ist; — ob er sofort bestimmt ist, oder so, daß das Schuldverhältniß zunächst auf Kündigung steht, aber mit einer Kündigungsfrist, die sich (nach stattgefundener Kündigung) in gleicher Weise nach dem Kalender berechnet[34]). Gegentheilige Parteifestsetzung ist möglich[35]).

c) Schließlich sind seit Alters her auch Fälle anerkannt, in denen es (beim Vorliegen der übrigen Verzugsvoraussetzungen) überhaupt keiner Mahnung bedurfte[36]). Man sprach davon, daß hier ex re fit mora. Die Hauptfälle sind: Schuldverhältnisse zur Wiedererlangung einer durch Delikt entzogenen Sache[37]), und aus ungerechtfertigter Bereicherung eines

---

31) Der Ursprung derselben liegt im deutschen Recht. S. o. Note 18. Die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis formulirte daraus — gegen das röm. Recht, dessen Aussprüche man zu pressen versuchte — den berühmten Satz: dies interpellat pro homine. Es folgten das Preuß. A.LR. I Tit. 16 § 20 und das Sächs. GB. § 736 (für Vertragsverbindlichkeiten), während das franz. Recht (Art. 1139 Code Nap.) den Satz verwarf.

32) Kalendermäßige Bezeichnung wird aber nicht verlangt (arg. § 133 BGB.). Danach genügt ein dies certus an et certus quando (s. o. Bd. I § 102) also Anknüpfung der Leistungszeit an ein bestimmtes sicheres Ereigniß (z. B. heute in 8 Tagen, Ostern nächsten Jahres 2c.).

33) Denn dann ist es nicht sicher, ob er abholt. Dies entspricht auch der Wortfassung des § 284 Abs. 2. Enneccerus § 198 Note 10.

34) Z. B. es ist bestimmt, daß 3 Monate nach der Kündigung zu leisten sei. — Ueber die Berechnung derartiger beweglicher Zeiträume s. o. Bd. I § 120.

35) Schollmeyer zu § 284 Note 4.

36) Also auch nicht bei sofort fälligen Leistungen. — Bei Schuldverhältnissen auf ein Unterlassen oder Dulden bedarf es im Fall der Zuwiderhandlung keiner Mahnung, weil gar nicht Verzug, sondern Nichtleistung vorliegt. S. o. § 158 zu Note 20.

37) Speziell in der Anwendung auf Diebstahl (betreffs Rückgabe der entwendeten Sache). Vgl. die Rechtsparömie: Fur semper moram facere videtur

bösgläubigen Empfängers[38]). Für die Rückgabe einer durch unerlaubte Handlung[39]) entzogenen Sache ist der Thäter auch heute verantwortlich, wie wenn er im Verzug wäre. § 848 BGB.[40]). Der Fall der subjektiv ungerechtfertigten Bereicherung wird nur formell anders behandelt (§ 819 BGB.). Das Gesetz fixirt die Bereicherungsschuld im Allgemeinen mit der Rechtshängigkeit der Forderung[41]). Demgemäß wird z. B. der wissentliche Empfänger einer Nichtschuld so behandelt, wie wenn der Herausgabeanspruch zur Zeit des Empfangs gegen ihn rechtshängig geworden wäre. § 819 Abs. 1. Der Abs. 2 verfügt ähnlich für einen Empfang, der wider ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt[42]). Da aber der verklagte unredliche Besitzer im Sinne des § 284 BGB. als gemahnt erscheint, befindet er sich doch wieder in Verzug[43]).

§ 162.

β. Wirkungen des Verzugs.

Die Wirkungen des Verzugs lassen sich im Allgemeinen dahin zusammenfassen, daß dem Gläubiger Alles zu gewähren ist, was er haben würde, wenn ihm zu der Zeit, als der Verzug begann, geleistet worden wäre. Der Schuldner muß alle Nachtheile des Verzugs auf sich nehmen[1]). Vgl. §§ 286—290 BGB. Daraus ergibt sich:

---

u. l. 8 § 1 Dig. de cond. furt. 13, 1; l. 1 § 35 Dig. de vi 43, 16. Analoge Ausdehnung fand aber schon längst statt, wenn man auch über den Umfang derselben streiten mochte.

38) Vgl. l. 65 § 8 Dig. de cond. indebiti 12, 6; l. 43 § 2 Dig. de furt. 47, 2; Preuß. A.L.R. I Tit. 16 §§ 189, 193 ff.; Code Napoléon Art. 1378, 1379 i. f.

39) Jeder Art. Mag es sich um ein Straf- oder Civildelikt oder auch um eine mit relativem Unrecht konkurrirende unerlaubte Handlung handeln, — mag die entzogene Sache (wie bei Pfand- oder Arrestbruch) dem Thäter selbst gehören, sofern die That nur unter §§ 823 ff. BGB. fällt.

40) Es muß genügen, daß das Gesetz die Rechtsfolgen des Delikts übereinstimmend mit der Verzugsfolge (§ 287) regelt. (Die übrigen Verzugswirkungen, soweit sie passen, z. B. §§ 286, 290 treten ebenfalls ein.)

41) S. § 818 Abs. 4 BGB. und unten § 323 Ziff. II.

42) Hier wird der Empfänger so behandelt, wie wenn der Anspruch schon zur Zeit des Erwerbs rechtshängig geworden wäre. An Stelle des Verzugs ist die Rechtshängigkeit getreten.

43) Er haftet also nach § 287 BGB. für Zufall. S. auch oben Bd. I § 129 Note 19.

1) Für Schuldverhältnisse aus gegenseitigen Verträgen gelten des Weiteren die §§ 326 ff. BGB. S. u. § 171. — Sonstige Folgen für gewisse Schuldverhältnisse werden besonders erwähnt. Vgl. z. B. §§ 264 Abs. 1, 339, 554, 633 Abs. 3, 775 Abs. 1 Ziff. 3, 1613 BGB.

1. Der säumige Schuldner hat nicht nur die Leistung selbst, soweit sie noch möglich ist, nachzuholen, sondern auch dem Gläubiger für die Entbehrung derselben während der Verzugszeit Ersatz zu geben. S. § 286 Abs. 1[2]). Der Ersatz ist regelmäßig Geldersatz und folgt im Uebrigen den allgemeinen Regeln[3]). Es ist der positive Nachtheil und der entgangene Gewinn zu ersetzen. Hieraus folgt z. B., daß der Schuldner die von dem Leistungsgegenstand gewonnenen oder gewinnbaren Nutzungen (im früher besprochenen Umfang) zu ersetzen hat[4]). Bei Geldschulden kann der Gläubiger sogar regelmäßig für die Verzugszeit Zinsen der geschuldeten Summe verlangen: sog. Verzugszinsen[5]). Für die Höhe dieser Verzugszinsen ist der allgemeine gesetzliche Zinsfuß maßgebend[6]). S. § 288 BGB., § 352 HGB. Aus besonderem Rechtsgrunde geschuldete höhere Zinsen sind fortzuentrichten. Dagegen können die Verzugszinsen nicht von einer Zinsschuld selber gefordert werden[7]). Kann der Gläubiger jedoch den Nachweis eines ersatzfähigen[8]) höheren Schadens bringen, so kann er dessen Ausgleichung verlangen. S. §§ 288 Abs. 2, 289 i. f. BGB.

2. Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten. § 287 S. 1[9]). Haftete er nach dem ursprünglichen Inhalt des Schuldverhältnisses z. B. nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten oder grobes Versehen, so soll der Gläubiger darunter während des Verzuges nicht leiden[10]).

---

2) Der Grundsatz galt schon im röm. Recht (vgl. l. 114 Dig. de V. O. 45, 1); dem deutschen Rechte war er fremd. Man half sich hier durch besondere Zusagen. S. Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht III § 229 Ziff. 1. Als das röm. Recht eindrang, war das kanonische Zinsverbot der Interesseforderung hinderlich. Seit dem Reichsdeputationsabschied v. 1600 § 139 hat der Gläubiger die Wahl zwischen Schadensersatz und Verzugszinsen.

3) S. o. § 151.

4) Er hat auch die Kosten der Mahnung zu tragen.

5) Ohne den Nachweis eines besonderen Schadens führen zu müssen. S. o. § 149. — Der Schenker schuldet nach § 522 BGB. keine Verzugszinsen.

6) Also 4 Prozent, in Handelssachen 5 Prozent. S. o. § 149. Sollte der landesübliche Zinsfuß wieder darüber hinausſteigen, so wird der Gläubiger freilich nicht gehindert sein, das vorenthaltene Geld anderswoher zu entleihen und dem Schuldner die dafür zu entrichtenden höheren Zinsen als Schadensersatz zur Last zu legen. Dies nannte man ehemals, das schuldige Geld „auf Schaden nehmen". S. Stobbe, Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 40. Zur Zeit s. § 288 Abs. 2 BGB.

7) Dies verstieße gegen das Verbot des Anatozismus. S. o. § 149 Ziff. 5.

8) Die Regeln des Kausalzusammenhanges sind zu beachten. S. o. § 151 und Bd. I § 108.

9) Dies gilt selbst für den Schenker. Arg. § 522 BGB.

10) Also der Schuldner ist nunmehr auch für leichtes Versehen verantwortlich.

3. Tritt während des Verzugs Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung ein[11]), so wird der Schuldner selbst dann nicht befreit, wenn die Unmöglichkeit ohne sein Verschulden eingetreten ist. In dieser Hinsicht haftet also der Schuldner für Zufall[12]). Er muß für den untergegangenen Schuldgegenstand Ersatz geben[13]). Das Gleiche gilt bei bloßer Verschlechterung des Gegenstandes[14]). Es wäre unbillig, dem Gläubiger die Gefahr der Leistung aufzubürden, welche den Gläubiger bei rechtzeitiger Erfüllung nicht getroffen hätte, weil die Leistung in seiner Hand keinem Unfall ausgesetzt gewesen wäre. Hieraus ergibt sich aber auch eine Einschränkung des Prinzips. Kann der Schuldner beweisen[15]), daß die Leistung auch bei rechtzeitiger Bewirkung (beim Gläubiger) Schaden genommen[16]), letzterer also den Leistungsgegenstand verloren hätte ꝛc., so cessirt insoweit die Verantwortlichkeit des Schuldners. § 287 i. f. Dabei wird nicht verlangt, daß derselbe Unfall hüben wie drüben eingetreten wäre, sondern nur, daß die Leistung ebenso Schaden genommen hätte[17]). Dazu gehört, daß der Unfall nicht nachträglich (nach dem wirklichen Schaden) eingetreten wäre[18]). Und anderseits, daß er den Gläubiger getroffen hätte, was nicht der Fall ist, wenn dieser den Leistungsgegenstand vorher veräußert oder

---

11) Z. B. das geschuldete Thier wird während des Verzugs von einer Seuche dahingerafft; die geschuldete leblose Sache durch Ueberschwemmung oder Blitz zerstört.

12) § 275 BGB. ist nicht anwendbar.

13) Das Surrogationsprinzip des § 281 BGB. wird aber der Gläubiger auch hier für sich anrufen können. S. o. § 158 Ziff. 5. Z. B. wenn die geschuldete Sache von einem Dritten zerstört wurde.

14) Sie hat den Charakter einer theilweisen Unmöglichkeit der Leistung. — Die Römer redeten in allen diesen Fällen von einer perpetuatio obligationis in Folge des Verzugs (weil das Schuldverhältniß sonst durch den betreffenden Zufall erloschen wäre). Dies ist ein ansprechendes und heute noch völlig verwerthbares Bild.

15) Die Beweislast des Schuldners ergibt sich aus der Wortfassung des § 287 wie aus inneren Gründen. Letztere sind für den Umfang des Beweises, wie er im Texte angegeben ist, entscheidend. Dieser Umfang ist übrigens heutzutage unter den maßgebenden Schriftstellern kaum noch streitig. — Haftet der Schuldner schon nach Inhalt des Schuldverhältnisses absolut, so wird er übrigens durch § 287 BGB. nicht entlastet.

16) Ganz oder theilweise. Letzteres z. B. bei bloßer Verschlechterung des Leistungsgegenstandes (s. o.).

17) Z. B. das beim säumigen Verkäufer an einer inneren Krankheit verendete Thier wäre auch im Stall des Käufers untergegangen, der in derselben Zeit durch eine Feuersbrunst zerstört wurde.

18) Nach dem Schaden, der die Leistung wirklich betroffen hat. Denn dann kommt nach Bd. I § 108 nur dieser in Betracht. Der Wortlaut des § 287 läßt darüber keinen Zweifel zu. — Wäre durch das andere Ereigniß ein bestimmter geringerer Nachtheil eingetreten, so bleibt der Schuldner für die Differenz verantwortlich.

der Einwirkung des schädigenden Ereignisses durch Umgestaltung, Verzehr ꝛc. entzogen haben würde[19]).

Die Höhe des Schadensersatzes bemißt sich auch hier nach den allgemeinen Vorschriften[20]). Der Gläubiger kann also nicht ohne Weiteres den höchsten Werth fordern, den der Leistungsgegenstand während des Verzuges hatte[21]). Zwar wäre dieser Werth in sein Vermögen gekommen[22]); indessen nicht immer wird der volle Schaden ersetzt. Der höchste Werth kann durch *zufällige, unberechenbare*, insbesondere dem *Schuldner unerkennbare Bedingungen* herbeigeführt sein — da entscheidet denn das Prinzip der §§ 252, 254 BGB., ob Schuldner dafür haftet[23]).

Anderseits ist der zugebilligte Ersatzbetrag nach § 290 von dem Augenblick an zu verzinsen, welcher der Werthbestimmung zu Grunde zu legen ist[24]).

4. Eine besondere Betrachtung erfordern die Fälle, in welchen die geschuldete Leistung zwar noch geschehen kann, aber *dem Gläubiger wirthschaftlich nicht mehr dasselbe bietet*, was er bei rechtzeitiger Leistung davon gehabt hätte. Die Grundsätze sub 3 sind darauf nicht ohne Weiteres übertragbar[25]). In dieser Hinsicht kommt in Betracht

a) *ein Sinken der Preise*. Dadurch ist das Schuldobjekt entwerthet — es ist nicht verschlechtert[26]). Das Objekt selbst ist unberührt geblieben, und wird so wie es immer war geliefert. Daraus

---

19) Letzterer Beweis ist für den Schuldner sehr schwer zu führen, da es sich um Möglichkeiten handelt, die *nur aus der konkreten Sachlage* mit einiger Sicherheit bestimmt werden können (z. B. die Veräußerungsmöglichkeit nach *Angebot und Nachfrage* zur kritischen Zeit, den etwaigen *persönlichen Bedürfnissen* und der ganzen Lebenshaltung des Gläubigers). — Kann der Schuldner den Beweis nicht führen, so bleibt er verantwortlich. Dies ist aber gerecht: denn er ist es, der durch seinen Verzug den Gläubiger zuerst benachtheiligt hat. Er hat daher die Folgen des non liquet auf sich zu nehmen. Die gegentheilige Auffassung des Preuß. Rechtes ist verlassen. Vgl. *Dernburg* § 72 zu Note 6, *Schollmeyer* § 287 Note 2, *Planck* Note 2 u. A.

20) S. o. § 151.

21) Wie nach röm. Recht. Vgl. l. 8 § 1 Dig. de cond. furt. 13, 1; l. 3 § 3 Dig. de A. E. V. 19, 1.

22) Vorausgesetzt, daß der Gläubiger den Leistungsgegenstand nicht vorher veräußert hätte. S. o.

23) S. o. § 151 zu Note 29 ff.

24) S. o. § 149 zu Note 22.

25) Denn der Schuldner ist fortdauernd fähig, *eben diese* Leistung zu bewirken.

26) Ist die Entwerthung als Verschlechterung aufzufassen, wie unter Umständen bei Werthpapieren durch Sinken der Kurse, so würden die Grundsätze sub Ziff. 3 Anwendung finden.

rechtfertigt sich, daß der Gläubiger die Werthdifferenz (als Schadensersatz) nur fordern kann[27]), wenn er beweist, daß die Differenz, soweit sie an sich ersatzfähig ist (§§ 252, 254 BGB.), in sein Vermögen geflossen, d. h. durch Verwerthung (Veräußerung ꝛc.) des Gegenstands vor Sinken der Preise ihm dauernd zu Gute gekommen wäre[28]).

b) Ferner ist denkbar, daß die Leistung, obschon sie noch geschehen kann, zur Zeit für den Gläubiger überhaupt kein Interesse mehr hat[29]). Kann er dies beweisen, so liegt eine ähnliche Situation vor, wie in den der Unmöglichkeit der Leistung gleichgestellten Fällen. S. o. § 159. Wie dort, muß also der Gläubiger das Recht haben, die verspätete Leistung abzulehnen und für die ganze Leistung Ersatz zu verlangen. § 286 Abs. 2 BGB. gewährt ihm dies Recht in Anlehnung an die Grundsätze der theilweisen Unmöglichkeit der Leistung (§ 280 Abs. 2 BGB.)[30]).

E. Verzug des Gläubigers*.

§ 163.

1. Voraussetzungen.

Auch der Gläubiger kann in Verzug gerathen, wenngleich in anderer Weise als der Schuldner. Das Schuldverhältniß soll seinem Wesen nach zur Leistung führen: und zwar zur Leistung an den

---

27) Nach den Grundsätzen sub Ziff. 1.

28) A. M. Dernburg §. 72 zu Note 9 ff. auf Grund des röm. Rechts (s. o. Note 21). Aber die röm. Grundsätze sind hier nicht die unsrigen. Sie folgen weder aus der Natur der Sache, noch paßt der Wortlaut des § 287, der die unmittelbare Haftung des Schuldners für Untergang, Verschlechterung statuirt, auf diesen Fall. S. auch Motive Bd. 2 S. 65.

29) Z. B. ein Pferd ist für eine Dienstleistung gekauft und wird erst nach Beendigung derselben geliefert.

30) S. o. § 158 Ziff. 4 b. Das dortige Detail ist auch auf diesen Fall anwendbar. Daraus ergibt sich auch, daß § 286 Abs. 2 nicht schon (wie Dernburg § 72 i. f. anzunehmen scheint) die Ablehnung als Rücktritt auffaßt. Nur wenn die interesselose Leistung irrthümlich angenommen war, ist sie (nach den Grundsätzen des Rücktrittsrechts von gegenseitigen Verträgen) gegen Empfang der Entschädigung zurückzugeben. — Viel weiter geht bei gegenseitigen Verträgen § 326 BGB. Darüber s. u. § 171.

*) Kohler, Annahme und Annahmeverzug in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 261 ff. und im Archiv für bürg. Recht Bd. 13 S. 149; v. Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris (1884); Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge (1895); Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris (1898); Rosenberg in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 43 S. 141. Stammler S. 151 ff.; Dernburg §§ 74—76; Endemann I §§ 139 bis 140; Cosack § 106; Mathiaß § 81; Enneccerus I §§ 203 ff.

Gläubiger. In diesem Sinne sagt man, daß der Schuldner die Leistung zu machen, der Gläubiger sie anzunehmen habe[1]).

Eine Verzögerung der Leistung kann hiernach auch am Gläubiger liegen, indem dieser durch sein Verhalten den Schuldner an der Leistung verhindert[2]). Das Verhalten gestaltet sich unter bestimmten Voraussetzungen zum Verzug des Gläubigers mit besonderen Rechtsfolgen (Annahmeverzug oder Gläubigerverzug). Er geht dem Leistungsverzug des Schuldners parallel und wird ihm hier angeschlossen. Inhaltlich ist er davon wesentlich verschieden.

I. Schon die Grundlage des Instituts ist eine andere.

Der Schuldner ist verpflichtet zu leisten: thut er dies nicht, so verletzt er seine Pflicht. Der Gläubiger ist auf die Leistung berechtigt. Als Gläubiger ist er zu nichts verpflichtet; also auch nicht verpflichtet anzunehmen. Muß der Empfänger annehmen, so ist er insoweit nicht Gläubiger, sondern Schuldner: ähnlich wie auch der Verwahrer einer Sache dieselbe nicht als Gläubiger sondern als Schuldner empfängt. Dagegen wäre es widersinnig, wollte man z. B. den Entleiher, Miether einer Sache, oder den Beschenkten zur Uebernahme zwingen, wenn er sich anders besonnen hat; oder wollte man denjenigen, der eine Sache zur Anfertigung bestellt oder in Reparatur gegeben hat, für verpflichtet erachten, die Sache anfertigen oder repariren zu lassen, trotzdem er ihrer vielleicht gar nicht mehr bedarf, — also lediglich um sie zu seinem Schaden und Verdruß zwecklos bei sich hinzustellen[3]). Davon kann keine Rede sein. Verpflichtet ist der Empfangsberechtigte auf die etwa bedungene Gegenleistung wie wenn er empfangen hätte[4]); — aber davon ist hier nicht zu handeln[5]).

Durch das Gesagte wird nicht ausgeschlossen, daß der Gläubiger einer Leistung zugleich Schuldner hinsichtlich des Empfangs derselben

---

1) Das Annehmen ist hier im weitesten Sinne zu verstehen.

2) Dies kann in dem Grade geschehen, daß die Leistung dadurch unmöglich wird. Dieser Fall bietet nur bei gegenseitigen Verträgen besonderes Interesse (s. u. § 170 I Ziff. 2). Bei einfachen Schuldverhältnissen bleibt es bei der Befreiung des Schuldners. § 275 BGB. — Wenn der Schuldner für die Leistung absolut haftet, kann er nach § 254 BGB. die Leistung von Schadensersatz ablehnen.

3) Wie wenig dies noch bis vor Kurzem erkannt wurde, davon gibt die Entsch. d. ROHG. Bd. 11 S. 155 Zeugniß, die den Bauherrn verurtheilte, dem Uebernehmer die Umänderung der dem ersteren gehörigen Kalköfen zu gestatten und ihm zu diesem Zweck die Sache zu übergeben!

4) Unter eventuellem Abzug desjenigen, was der Schuldner durch die Sistirung der Leistung erspart. S. § 324 BGB. und unten § 170.

5) Dies gehört in die Lehre der gegenseitigen Verträge.

ist. Aber nur ausnahmsweise, nämlich wenn er die Abnahme besonders übernommen hat oder eine gesetzliche Bestimmung ihn dazu verpflichtet[6]). Doch kommt letzteres nur in dem Sinne vor, bei einzelnen Verträgen dem vermuthlichen Parteiwillen durch Aufstellung eines naturale negotii[7]) entgegenzukommen[8]). Soweit derartige Bestimmungen fehlen, ist der Parteiwille hauptsächlich aus dem Interesse zu erforschen, welches der Schuldner an der Abnahme hat[9]).

Kann, hiervon abgesehen, der Gläubiger überhaupt nicht zur Annahme gezwungen werden, so kann er dies auch nicht zur Vornahme anderer Handlungen, welche dem Schuldner die Leistung ermöglichen[10]). Wir reden hier von Hülfshandlungen des Gläubigers. Sie können der Leistung vorausgehen oder sie begleiten; sie können rein thatsächlicher Natur sein oder im Abschluß eines Rechtsgeschäfts[11]) bestehen. Ist die Sachlage nur derart, daß dadurch die Leistung des Schuldners gehindert wird, so wirkt dies geradeso wie eine unmittelbare Nichtannahme des Leistungsgegenstandes[12]).

---

6) Vgl. in dieser Hinsicht die §§ 433 Abs. 2, 445, 640 BGB.

7) S. o. Bd. I § 77 Note 4—6.

8) Aehnlich schon das Preuß. A.L.R. I Tit. 11 § 215. — Vgl. dazu Kohler, Archiv S. 174 ff., 241 ff. Die cit. Bestimmungen sind dispositiv. Aber zunächst gelten sie und sind nicht hinwegzuinterpretiren. S. auch Dernburg § 74 zu Note 2 ff., Rosenberg S. 247 ff.

9) Vgl. schon l. 9 Dig de A. E. V. 19, 1. Hier ist das Wegschaffen der Steine ein Theil der Verpflichtung des Käufers. Aehnlich bei Verträgen über Abfälle, Mist, Jauche. Der Empfänger soll Eigenthümer der Stoffe werden, übernimmt aber zugleich die Verpflichtung, den anderen Theil davon zu befreien. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 393.

10) Auch in dieser Beziehung wurde noch in den Entsch. d. ROHG. Bd. 16 S. 204 irrig das Gegentheil angenommen: der Käufer verurtheilt, die Spezifikation der Formen und Dimensionen des zu liefernden Eisens vorzunehmen, mit der Aussicht, andernfalls dazu zwangsweise angehalten zu werden. Anders das RG. seit Entsch. Bd. 14 S. 243 ff. bes. 247. Freilich verpflichtet heutzutage § 375 HGB. den Käufer positiv wieder zu Spezifikation; es beruht dies darauf, daß der Käufer nach der allgemeinen Vorschrift in § 433 Abs. 2 BGB. zur Annahme verpflichtet ist (also konsequent auch zu dem, was zu der Annahme gehört resp. sie ermöglicht. So auch sehr richtig Entsch. d. RG. Bd. 26 S. 213 bes. S. 216). In dieser Hinsicht ist also § 375 HGB. Ausnahme, wie die §§ 433, 445, 640 BGB., und als solche nur geeignet, das Prinzip klarzustellen. Uebrigens ist auch in § 375 HGB. für eine geeignete Abmilderung gesorgt. S. o. § 146 zu Note 32 ff.

11) Besonders in dem Abschluß eines dinglichen Vertrages (z. B. §§ 925, 929 BGB.).

12) Z. B. der Bauherr stellt dem Baumeister das Terrain nicht zur Verfügung, oder der Gläubiger liefert nicht den Stoff oder die sonstigen Vorbedingungen zur Arbeit. Er vollzieht bei einer Wahlschuld nicht die ihm vorbehaltene Wahl; er findet sich zur Abnahme am Leistungsort nicht ein, oder ist zur Leistungszeit überhaupt abwesend. Oder er ist nicht mit Sicherheit zu ermitteln, da mehrere

II. Die Nichtannahme der Leistung in diesem Sinne, also rein objektiv genommen, ist die Basis des Gläubigerverzugs. § 293 BGB. Dieser Verzug hängt also nicht ab von einem „zu vertretenden Verhalten" des Gläubigers (Verschulden oder sonstigen subjektiven Momenten)[13]). Dieser Gegensatz zum Schuldnerverzug ist logisch begründet. Denn nur soweit Pflichten bestehen, kann überhaupt in Frage kommen, aus welchem Grunde sie nicht erfüllt werden; dagegen ist es Niemanden verwehrt, die Ausübung seiner Rechte zu vernachlässigen. Allerdings soll dieses Recht des Gläubigers nicht zu unbilliger Erschwerung der Schuldnerstellung führen. Aber dem Schuldner hilft einzig das Gesetz. Und zwar so, daß es an die bezeichnete objektive Sachlage eine Erleichterung der Verpflichtung und Mittel ihrer Ablösung knüpft. So beruht das Institut des Annahmeverzugs ausschließlich auf Gründen der Billigkeit.

Das Gesagte erleidet auch dann keine Aenderung, wenn der Gläubiger ausnahmsweise annehmen muß. Denn nimmt er hier dennoch nicht an, so verletzt er seine Verpflichtung: und wenn er dies schuldhaft oder in sonst verantwortlicher Weise thut[15]), so befindet er sich nicht blos im Annahme-, sondern im Leistungsverzuge[16]). Aehnlich kann ein Gläubiger aus anderen Gründen durch dieselbe Handlung in Annahme- und Leistungsverzug gerathen, z. B. wenn er Zug um Zug zu einer Gegenleistung verpflichtet ist und diese in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes[17]) nicht bewirkt. Dem Gegner steht hier frei, die rechtlichen Folgen der einen oder anderen Verzugsart zu ziehen.

1. Voraussetzung des Annahmeverzugs ist hiernach lediglich, daß die Ursache der Nichterfüllung am Gläubiger liegt. § 293 BGB. Selbstverständlich muß der Nichtannehmende der richtige

---

Prätendenten sich die Forderung streitig machen; oder er legitimirt sich nicht als der Berechtigte.

13) Z. B. es genügt Krankheit, Abwesenheit des Gläubigers, seine Unkenntniß von der Forderung (als Erbe des früheren Gläubigers u. dgl.).

14) Dies energisch hervorgehoben, den Annahmeverzug von der Verschuldungsvorstellung gereinigt zu haben, ist das Verdienst von Kohler. Was man dagegen vorgebracht hat — insbesondere über die angebliche „Mitwirkungspflicht des Gläubigers zur Leistung" — ist haltlos.

15) Was von Anwendung der oben §§ 157, 161 entwickelten Grundsätze abhängt.

16) Fehlt die Verantwortlichkeit, so bleibt es beim Annahmeverzuge, weil keine Pflichtverletzung vorliegt.

17) Andernfalls liegt auch hier nur ein Annahmeverzug nach Maßgabe des § 298 BGB. vor.

Gläubiger sein[18]), oder Jemand, an den der Schuldner gültig zu leisten befugt ist[19]). Aber geschäfts- oder verfügungsfähig hinsichtlich der Forderung braucht er nicht zu sein, da die Nichtannahme als reine Thatsache in Betracht kommt[20]). Auch fällig braucht der Anspruch in der Regel nicht zu sein, da der Schuldner für gewöhnlich auch bei betagten Schulden das Recht der Vorausbezahlung hat[21]). Nur soll der Schuldner nicht in Folge dieser Willkür[22]) eine vorübergehende Hinderung des Gläubigers[23]) benutzen und letzteren dadurch in Annahmeverzug versetzen können[24]). Vielmehr kommt der Gläubiger hier nicht in Verzug, falls nicht die Leistung angemessene Zeit[25]) vorher angekündigt war[26]). § 299. Nicht einmal nachträglich bewirkt die unzeitige Leistung den Verzug, wenn die Verhinderung des Gläubigers nachher aufhörte[27]). Darf der Schuldner dagegen nur zu bestimmtem Termine leisten, so kommt eine zu dieser Zeit bestehende vorübergehende Verhinderung der Annahme nicht in Betracht; es sei denn, daß der Schuldner sie arglistig herbeiführte.

Daß die Nichtannahme auch in einem indirekten Verhalten des Gläubigers liegen kann, ist schon erwähnt.

2. Soll die thatsächliche Ursache der Nichterfüllung am Gläubiger liegen, so muß der Schuldner[28]) seinerseits vollständig zur

---

18) Und überhaupt Gläubiger! Also das Schuldverhältniß darf nicht unwirksam oder der Schuldner nach § 275 BGB. befreit sein. Man sagt daher, daß auch hier Unmöglichkeit der Leistung den Verzug ausschließe. Doch ist dies nicht immer richtig. S. u. Ziff. 2.

19) Z. B. ein sog. solutionis causa adiectus. S. u. § 182 Ziff. 3b.

20) S. auch Schollmeyer zu § 293.

21) S. o. § 156 Ziff. III.

22) Sowohl bei Fälligkeit (statim debetur quod sine die debetur) als wegen des Rechtes der Vorauszahlung. — Der Gläubiger müßte sich sonst beständig der Leistung gewärtig halten.

23) Was dazu gehört, ist Thatfrage — sowohl hinsichtlich der Gründe als der Dauer der Nichtannahme. Verhinderung ist z. B. unter Umständen ein Spaziergang, eine Geschäfts- oder Erholungsreise, sei es des Gläubigers selbst oder der zur Annahme der betreffenden Leistungen bestellten Personen, Häufung der Geschäfte, Platzmangel. Was vorübergehend ist, muß mit Bezug auf die einzelnen Hinderungsgründe nach der Auffassung des Lebens und Verkehrs bestimmt werden.

24) Die Interessen der Parteien werden hier billig gegeneinander ausgeglichen, wie es sich von selbst versteht bei einem Institut, das auf der Billigkeit beruht. Es wäre verfehlt, die Bestimmung des § 299 so zu drehen, als ob nun doch ein Rest des Verschuldungsmoments im Gesetz übrig geblieben sei. A. M. Cosack § 106 I Ziff. 3 a. u. b.

25) Die Frage der Angemessenheit ist nach den oben Note 23 angegebenen Gesichtspunkten, und im Streitfall durch das Gericht zu beantworten.

26) Seine Verhinderung hat der Gläubiger, die erfolgte Ankündigung der Schuldner zu beweisen.

27) Es sei denn, daß ein ordnungsmäßiges Angebot der Leistung andauert.

Leistung bereit sein[29]), und zwar nicht blos mit Worten, sondern thatsächlich. Er muß fähig, oder wie § 297 BGB. sich ausdrückt, im Stande sein, zu leisten[30]), was er selbstverständlich auch dann nicht ist, wenn die Leistung überhaupt unmöglich wurde. Liegt der Hinderungsgrund dagegen ausschließlich am Gläubiger[31]), während der Schuldner fortdauernd bereit und im Stande ist zu leisten, so darf die Frage nach der Möglichkeit der Leistung nicht aufgeworfen werden, sondern der Nachtheil fällt dem Gläubiger zur Last. Es liegt daher gleichfalls Annahmeverzug vor[32]). Dies wird durch § 297 BGB. bestätigt.

Die Leistungsbereitschaft des Schuldners muß sich selbstverständlich auf die ganze Leistung erstrecken[33]).

3. Schließlich wird noch ein Sicherheitserforderniß aufgestellt. Die thatsächliche Leistungsbereitschaft des Schuldners und die Verhinderung der Leistung durch den Gläubiger (namentlich wenn sie in reiner Passivität des letzteren oder in Abwesenheit, Ungewißheit über die Person des Gläubigers ꝛc. besteht) sind äußerlich oft kaum erkennbar, jeden-

---

28) Bezw. ein Dritter, soweit dieser gültig für ihn leisten kann und will. Vgl. o. § 154 Note 13.

29) Ist er früher nicht bereit gewesen, obschon er es hätte sein sollen, so kann dies unter Umständen bewirken, daß die jetzige Weigerung des Gläubigers zur Annahme gerechtfertigt ist. So in den Fällen §§ 159, 162 i. f. oben. Dann kommt er durch die Weigerung nicht in Verzug.

30) Soweit Realangebot des Schuldners (Ziff. 3) verlangt wird, zeigt sich die Leistungsfähigkeit dabei unmittelbar. Andernfalls kann der Gläubiger aus der mangelnden Leistungsbereitschaft einen Einwand gegen den behaupteten Verzug herleiten, und hat denselben nach § 297 BGB. zu beweisen.

31) In dessen Person oder Rechtskreis. Z. B. der Gläubiger stirbt oder erkrankt, sodaß er die Leistung nicht mehr gebrauchen kann. Sein Haus, in dem die Arbeit zu fertigen war, brennt ab u. s. w.

32) Dies habe ich schon in meinen Partiarischen Rechtsgeschäften (1897) S. 185 Note 8 vertheidigt. Gleichzeitig that es Kohler, Archiv S. 258. Zustimmend jetzt auch Enneccerus § 203 Note 1. A. M. Dernburg § 75 I Ziff. 2, § 305 II Ziff. 1b, Oertmann § 644 Note 3. Kann man, führt Ersterer aus, wenn die Leistung auf Unterrichtsertheilung ging und der Gläubiger stirbt, den Todten etwas lehren? Aber auf diese naturwissenschaftliche Frage kommt es nicht an. Der Schuldner ist hier geradeso leistungsbereit wie in anderen Fällen, da er z. B. dem inzwischen Gestorbenen blos einen Rock anzufertigen hatte. In beiden Fällen ist er gleich zu behandeln. Zufälligkeiten wie die obigen können nicht die eminente soziale Frage der Behandlung des Schuldners entscheiden, vor Allem ob er im gegenseitigen Vertrage seinen Dienst- oder Werklohn zu fordern hat oder nicht. Die Erben können nach §§ 626, 649 BGB. kündigen.

33) Also auch in Betreff des Orts (oben § 155), sowie hinsichtlich der Bereitwilligkeit des Schuldners, den etwa durch seinen früheren Leistungsverzug verursachten Schaden zu ersetzen. Denn dieser Schadensersatz gehört zum Inhalt der (durch die mora debitoris modifizirten) Obligation. Vgl. auch § 294 BGB. Alle Theilleistungen kann der Gläubiger mit Recht verweigern.

falls nicht mit Sicherheit in einem bestimmten Zeitpunkt hervortretende Momente, sodaß es nicht wohl anging, die Verzugswirkungen an sie allein anzuknüpfen. Es wird daher in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht[34]) ein Angebot der Leistung an den Gläubiger verlangt. Dieses Angebot muß regelmäßig ein thatsächliches, sog. Realangebot sein: d. h. der Schuldner[35]) hat den Erfüllungsakt von seiner Seite zu vollziehen[36]). Dazu gehört bei Schuldverhältnissen auf Geben die unmittelbare Darreichung des Leistungsgegenstandes[37]), bei solchen auf ein Handeln die präsente Leistungsbereitschaft des Schuldners[38]). § 294 BGB. Nur dann wird vom Erforderniß des thatsächlichen Angebots abgesehen, wenn letzteres als zwecklose Zeit- und Kraftverschwendung erscheint[39]). Das Gesetz begnügt sich daher

a) mit einem wörtlichen Angebot des Schuldners[40]), wenn der Gläubiger im Voraus erklärt hatte, nicht annehmen zu wollen[41]). Ebenso, wenn zur Bewirkung der Leistung Hülfshandlungen des Gläubigers erforderlich sind, ohne die der Schuldner doch nicht mit Erfolg thätig werden könnte[42]). In diesem Fall genügt (als An-

---

34) Motive Bd. 2 S. 70 ff.

35) Bezw. ein Dritter, der nach § 267 BGB. gültig für ihn leisten kann.

36) Er überläßt dann dem Gläubiger, die andere Hälfte hinzuzuthun. Mit Recht bemerkt Rosenberg S. 147 ff., daß der Schuldner um so mehr thun muß, je geringer die Mitwirkung des Gläubigers zur Leistung ist. Aber darum braucht man die alte Terminologie nicht aufzugeben. Jedenfalls wird an ihr gegenüber der Rosenberg'schen Unterscheidung eines „Angebots mit thatsächlicher und nur wörtlicher Leistungsbereitschaft" festzuhalten sein. Leistungsbereitschaft (und nicht blos wörtliche) ist nach § 297 immer zu verlangen. S. o. Ziff. 2.

37) Bei Bringschulden ist das Objekt dem Gläubiger wirklich zu bringen. Dabei darf das Angebot nicht zu unpassender Zeit und an unpassendem Ort geschehen. Vgl. o. § 142. — Bei Holschulden und sonst erforderlichen Hülfshandlungen des Gläubigers s. u. zu Note 40 ff.

38) Z. B. der Baumeister ꝛc. begibt sich mit seinen Arbeitern und Geräthschaften auf die Baustelle.

39) Wobei dann dem Gläubiger der Gegenbeweis der mangelnden thatsächlichen Leistungsbereitschaft des Schuldners (Ziff. 2) vorbehalten bleibt. S. § 297 BGB. und oben Note 30.

40) Hier nicht auch eines Dritten, der thatsächlich statt des Schuldners leisten könnte und dazu bereit ist.

41) Es wäre widersinnig und wirthschaftlich bedenklich, in solchem Fall den Schuldner zum Zwecke der Erlangung der Verzugsvortheile zu nöthigen, dem Gläubiger noch den Gegenstand zu bringen (Note 37) z. B. dafür Transportkosten aufzuwenden oder mit Gehülfen, Hacke und Schaufel zu einer Arbeit auszuziehen, von der der Gläubiger schon erklärt hat, daß er sie nicht machen lassen wolle.

42) Hauptfall ist, wenn der Gläubiger das Objekt abzuholen hat (diesen Fall erwähnt § 295 BGB. ausdrücklich). Andere Hülfshandlungen sind z. B. Bereitstellung der vom Schuldner zu bearbeitenden Sache, Erklärung der Wahl

gebot) auch die Aufforderung an den Gläubiger, die betreffende Hülfshandlung vorzunehmen, da beides im Leben nicht unterschieden wird[43]). § 295.

Das wörtliche Angebot resp. die Aufforderung zur Vornahme der Hülfshandlung wird nach Art der Mahnung[44]) behandelt. Die betreffende Erklärung muß daher dem Gläubiger zugehen[45]). Ja es ist

b) gar kein Angebot bezw. nicht einmal eine wörtliche Aufforderung zur Vornahme der Hülfshandlung[46]) erforderlich, wenn für die letztere eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war[47]) und die Handlung bis zu diesem Termine unterblieb. Das Gleiche gilt, wenn die Hülfshandlung kalendermäßig nach der von einem Theile vorgenommenen Kündigung des Schuldverhältnisses erfolgen sollte[48]). § 296 BGB.[49]) Eine derartig feste Zeitbestimmung für die Hülfshandlung zeigt an, daß sie nach Inhalt des Schuldverhältnisses prompt erfolgen soll. Eine nochmalige Erinnerung erscheint überflüssig. Der Gläubiger kommt mit Verstreichen des Zeitraums sofort in Verzug[50]).

4. Der einfachen Nichtannahme des Gläubigers steht, wie hervorgehoben, auch der Fall gleich, wenn er zwar das Geschuldete empfangen nicht aber dagegen leisten will, wozu er seinerseits verpflichtet ist. Dies trifft alle Zug- um Zugleistungen[51]), und um

---

bei der Wahlschuld (dem Schuldner ist nicht zuzumuthen, die mehreren Leistungsobjekte sämmtlich dem Gläubiger thatsächlich anzubieten). S. o. § 158 Note 35. Oder der Gläubiger soll die zuzusendende Waare noch aus verschiedenen Sorten aussuchen u. dgl.

43) Uebrigens hat der Schuldner regelmäßig seine Leistung (z. B. die abzuholenden Waaren) bereit zu halten. S. o. Ziff. 2. Detail bei Schollmeyer §§ 295 ff. lit. b.

44) S. o. § 161 Ziff. 3. Trotz der Verschiedenheit des Inhalts und der übrigen Voraussetzungen bestimmte dazu der äußere Parallelismus des Leistungs- und Annahmeverzuges. Was dem Einen recht, sollte dem Anderen billig sein. S. Motive Bd. 2 S. 71.

45) Empfangsbedürftige Willenserklärung. Bd. I § 88. Ist der Gläubiger nicht aufzufinden oder ohne Verschulden des Schuldners nicht mit Sicherheit zu ermitteln, so kann letzterer das Angebot nach § 132 BGB. öffentlich zustellen lassen.

46) In dieser Hinsicht wird die Hülfshandlung des Gläubigers ähnlich wie eine geschuldete Leistung (s. o. § 161 Note 31 ff.) behandelt.

47) Kalendermäßige Bezeichnung wird auch hier nicht verlangt. § 161 Note 32 findet Anwendung.

48) Entsprechend oben § 161 Note 34.

49) Die Regelung entspricht also dem Satze: dies interpellat pro homine beim Leistungsverzuge. Uebrigens enthält § 297 BGB. nur eine dispositive Rechtsvorschrift.

50) Wobei das oben Note 48 Gesagte auch hier zu beachten ist. — Nachdem die Hülfshandlung vorgenommen ist, kann der Gläubiger nur wieder nach den gewöhnlichen Vorschriften in Verzug kommen.

51) S. o. bei Note 17. Z. B. bei gegenseitigen Verträgen und Zug- um

so mehr die Fälle, in denen der Empfänger vorzuleisten hat[52]). Gleichwohl verlangt das Gesetz auch hier zum Eintritt des Annahmeverzugs besondere Erklärungen. Nämlich zunächst, daß der nichtsäumige Theil die Gegenleistung verlangt[53]). Thut er dies, so hängt der Verzug davon ab, ob der andere Theil die Gegenleistung nach Maßgabe der vorstehenden Grundsätze anbietet oder nicht[54]).

III. Durch das Verlangen des Angebots wird das Gebiet des Annahmeverzuges positiv eingeschränkt: was man sich klar machen muß, um verwandte Erscheinungen richtig zu würdigen. Wo nach der Sachlage kein Angebot möglich ist (z. B. weil über die Person des Gläubigers Ungewißheit besteht und das Gericht die öffentliche Zustellung des Angebots[55]) verweigert), da gibt es auch keinen Verzug, und die Verzugsfolgen treten nicht ein. Dies geht auch aus § 372 BGB. deutlich hervor, wo Fälle wie der eben erwähnte vom Annahmeverzug unterschieden und ihretwegen nur das Hinterlegungsrecht gewährt wird. Das heißt aber nicht, daß nicht auch hier der Schuldner vielfach das Angebot durchsetzen und sich dadurch die vollen Verzugswirkungen sichern könnte[56]).

§ 164.

2. Wirkungen des Annahmeverzuges.

Die Wirkungen des Annahmeverzuges lassen sich auf den allgemeinen Gesichtspunkt zurückführen, daß durch das Verhalten des Gläubigers die Stellung des Schuldners nicht erschwert werden

---

Zugleistungen anderer Art. Vgl. §§ 320, 368, 371, 601, 670, 693, 699, 797 ꝛc. BGB.

52) D. h. wo er vor dem Empfang der Gegenleistung selbst zu leisten hat. Z. B. der Miethzins ist regelmäßig postnumerando zu zahlen, der Vermiether hat vorzuleisten.

53) Dies kann beim Angebot der eigenen Leistung geschehen; aber auch für sich (z. B. wenn kein Angebot erforderlich war). Nur Annahme-, nicht Leistungsverzug des Gegners steht in Frage. (Ueber letzteren s. o. bei Note 16 ff.).

54) Also je nachdem mündlich oder (meist) sofort thatsächlich, da die Leistungen ausgetauscht werden sollen.

55) S. § 132 BGB. in Verbindung mit §§ 204 ff. CPO. und oben Note 45. Aus § 294 BGB. ergibt sich kein Hinderniß. Denn wir haben gesehen (oben Note 12), daß die Legitimation des Gläubigers eine zur Bewirkung der Leistung erforderliche Hülfshandlung ist, in deren Ermangelung also die Nothwendigkeit des Realangebots entfällt. Vgl. Note 42.

56) S. auch Kohler, Archiv S. 191 ff. Es ist doch wohl der Gipfel des auf der Gläubigerseite vorliegenden Annahmehindernisses, wenn einstweilen überhaupt kein bestimmter Gläubiger vorhanden ist. Sobald dem Erforderniß des Angebots genügt ist, liegt hier Annahmeverzug vor, da es dabei auf ein Verschulden des Gläubigers ja nicht ankommt. Ueber die Möglichkeit des wörtlichen Angebots s. die vorige Note.

soll. Dies würde aber der Fall sein, wenn der Schuldner[1]) in alter Weise weiter haftete, — den Schuldgegenstand aufbewahren und die Mehraufwendungen tragen müßte, die das fruchtlose Angebot, die Aufbewahrung und Erhaltung des Schuldgegenstandes erfordert. Ebensowenig dürfen den Schuldner die Nachtheile treffen, welche nach Inhalt des Schuldverhältnisses (kraft Parteibestimmung oder gesetzlich) an die Nichterfüllung geknüpft sind.

1. Aus dem letzteren Grunde verfällt z. B. nicht die für die Nichtleistung bedungene Vertragsstrafe[2]); der Gläubiger kann wegen der Nichterfüllung nicht vom Vertrage zurücktreten[3]). Der Gläubiger behält zwar seinen Anspruch gegen den Schuldner, hat aber nicht das Recht des Pfandverkaufs[4]). Der Vermiether, welcher den Miethzins nicht angenommen hat, kann den Auszug des Miethers mitsammt den eingebrachten Sachen nicht verhindern[5]). Die Versicherung erlischt nicht, wenn es am Versicherer liegt, daß die Prämie nicht rechtzeitig bezahlt wurde[6]). Eine Mahnung des Gläubigers setzt den Schuldner nicht in Leistungsverzug[7]) ꝛc.[8])

2. Im Uebrigen tritt eine Verminderung der Haftung des Schuldners für die Leistung ein. Diese bildet ein Gegenstück zu der Verschärfung der Haftung beim Schuldnerverzug[9]). Der Schuldner hat in Zukunft nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu ver-

---

1) Der sich durch Leistung an den Gläubiger nicht befreien kann.

2) Dies läßt sich auch aus § 339 BGB. belegen. Denn der Schuldnerverzug wird durch den Annahmeverzug des Gläubigers ausgeschlossen. S. schon l. 23 § 3 Dig. de recept. 4, 8; l. 9 § 1 Dig. de usur. 22, 1 und unten § 165.

3) Arg. § 326 BGB. S. die vorige Note. Aber auch beim bedungenen Rücktrittsrecht (§§ 346 ff.) muß nach richtiger Auslegung dasselbe gelten. Vgl. schon l. 4 § 4, l. 6 Dig. de lege comm. 18, 3; l. 51 § 1 Dig. de A. E. V. 19, 1. S. zum Folgenden auch Rosenberg a. a. O. S. 275 ff., 288 ff.

4) Dagegen kann Rückgabe des Faustpfands nur gegen wirkliche Befriedigung des Gläubigers oder Hinterlegung verlangt werden (weil dadurch das Pfandrecht erlischt). §§ 1223, 1224 BGB.

5) S. schon l. 1 pr. Dig. de migrando 43, 32. Sollte der Miether, um auszuziehen, stets zur Hinterlegung des Miethpreises gezwungen sein? Die Illaten werden ihm nicht vom Vermiether „zurückgegeben". Also Note 4 steht nicht entgegen.

6) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 196.

7) Dies auch schon deshalb nicht, weil die Nichterfüllung hier nicht auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht. — Im Uebrigen s. den folgenden Paragraphen. Der Gläubiger kann seine Annahmebereitschaft erklären und dadurch seine mora purgiren

8) Ueber den Einfluß des Annahmeverzugs auf die Verpflichtung zur Gegenleistung in gegenseitigen Verträgen s. u. § 169 zu Note 23, § 170 I Ziff. 2b u. unten Note 11.

9) S. o. § 162 Ziff. 2 u. 3.

treten[10]). § 300 Abs. 1. Daraus folgt ohne Weiteres, daß die Gefahr der Leistung bei individuellen Gegenständen mit dem Annahmeverzug auf den Gläubiger übergeht[11]). Bei Gattungsschulden verlangt das Gesetz für den Gefahrübergang Angebot einer speziellen (also aus der Gattung ausgeschiedenen resp. von ihr getrennt gehaltenen) Sache[12]). § 300 Abs. 2 BGB.[13]).

3. Auch der Umfang der Leistungspflicht des Schuldners wird von jetzt ab billig beschränkt. So hat derselbe

a) von einer verzinslichen Geldschuld nicht weiter Zinsen zu entrichten. § 301. Das Gesetz nimmt an, daß die thatsächliche Leistungsbereitschaft des Schuldners[14]) Flüssigmachung der Gelder und damit für den Schuldner selbst den entsprechenden Zinsverlust involviert.

b) Ebenso beschränkt sich bei anderen Schulden, soweit der Verpflichtete Nutzungen eines Gegenstandes zu leisten hat[15]), die Haftung fortan auf die vom Schuldner wirklich gezogenen Nutzungen. § 302.

4. Dagegen kann von einer eigentlichen Schadensersatzpflicht des Gläubigers beim Annahmeverzuge nicht die Rede sein[16]). Die Billigkeit verlangt nur, daß der Gläubiger dem Schuldner die Mehraufwendungen vergütet, die der Annahmeverzug zur Folge hatte,

---

10) Ebenso bei seinen gesetzlichen Vertretern und Gehülfen. S. o. § 157.

11) Dies ist besonders bei gegenseitigen Verträgen wichtig. Ist die geschuldete Sache durch Zufall untergegangen, so muß gleichwohl die Gegenleistung bewirkt werden. S. § 324 Abs. 2 BGB. und unten § 170.

12) Anders, soweit die ganze Gattung, aus der zu leisten war, untergegangen ist. Diese Ausnahme versteht sich von selbst, da die Vorschrift des § 300 Abs. 2 auf dem bekannten Satze genus non perit beruht. S. o. § 147 Noten 29 u. 34.

13) Also auch in den Fällen, in denen sonst kein Angebot dieser Art erforderlich ist. Denn die Eigenschaft der Gattungsschuld schiebt die Gefahr vor der Konzentration des Schuldverhältnisses auf einen bestimmten Gegenstand stets wieder dem Schuldner zu. — Ist der Bedingung des Textes genügt, so bewendet es weiter bei der Zulässigkeit eines blos mündlichen Angebots, wo letzteres nach § 163 ausreicht (z. B. bei Holschulden). S. auch Dernburg § 76 II Ziff. 2 und die meisten Kommentatoren zu § 300. Vgl. schon aus dem röm. Recht l. 5 Dig. de peric. 18, 6; l. 72 pr. Dig. de sol. 46, 3.

14) S. o. § 163 II Ziff. 2. Anders im röm. und preuß. Recht für vertragsmäßige Zinsen. Vgl. l. 9, 19 Cod. de usuris 4, 32. Rosenberg S. 286 ff.

15) Herauszugeben (s. z. B. §§ 667, 987 BGB.) oder zu ersetzen! Vertraglich oder gesetzlich! — Also es hört auf die Verpflichtung zur Erstattung der gewinnbaren Nutzungen. S. o. Bd. I § 69 Note 21. Daraus folgt z. B., daß wenn der Verpächter nach Beendigung der Pacht den Gegenstand nicht rechtzeitig zurücknimmt, der Pächter nicht für weitere Fruchtziehung zu sorgen hat.

16) Im Gegensatz zu § 162 Ziff. 1 oben. Grund ist, daß keine Pflichtverletzung des Gläubigers vorliegt. Rosenberg S. 291 ff.

z. B. die Kosten des Angebots, der weiteren Aufbewahrung und Erhaltung des Schuldgegenstandes. § 304[17]).

5. Die wichtigste Rechtsfolge des Gläubigerverzugs ist endlich, daß dem Schuldner ein Mittel gegeben wird, sich ohne Mitwirkung des Gläubigers von seiner Verpflichtung zu befreien.

a) Das ältere Recht[18]) gestattete dem Schuldner nach Verwarnung des Gläubigers einfach die Preisgabe der geschuldeten Sache. Doch ist dies bei beweglichen Sachen roh und unwirthschaftlich[19]): nach unserem Gesetz tritt sie nur noch bei Grundstücken ein. Hier ist sie zugelassen in dem Sinne, daß der Schuldner nach Eintritt des Annahmeverzuges den Besitz des Grundstücks aufgeben darf[20]). § 303 BGB. Darin liegt, daß er es nicht weiter zu beaufsichtigen und zu bewirthschaften[21]) braucht. Eine völlige Aufgabe des Grundstücks (Eigenthumsaufgabe) ist damit nach unserem Grundbuchsystem nicht verbunden[22]): eine solche ist auch dem Schuldner nicht gestattet. Er bleibt also gegebenenfalls zur Auflassung (§ 925 BGB.) des Grundstücks verpflichtet, während der Gläubiger den aufgegebenen Besitz sich selber verschaffen mag.

Uebrigens muß das Aufgeben dem Gläubiger vorher angedroht werden[23]); es sei denn, daß der Schuldner die Unthunlichkeit[24]) der Androhung nachweist. Sonst tritt die Erleichterung nicht ein[25]).

b) Bei beweglichen Sachen hat das moderne Recht an Stelle der Preisgabe die Hinterlegung oder den Selbsthülfeverkauf mit nachfolgender Hinterlegung des Erlöses gesetzt. Vgl. §§ 372, 383 ff. BGB., § 373 HGB. Hierdurch entschlägt sich der Schuldner des Leistungs-

---

17) Mit Zinsen. § 256 BGB. Wegen dieses Anspruchs hat der Schuldner auch ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB.) und kommt folglich selbst bis zur Befriedigung dieses Anspruchs nicht in Verzug. Dernburg § 77 Note 4.

18) Vgl. aus dem röm. Recht l. 1 §§ 3 ff. Dig de peric. 18, 6; l. 8 Dig. de trit. 33, 6 und die zahlreichen bei Kohler, Jahrb. S. 292 ff., Archiv S. 201 ff. angegebenen Stellen aus deutschen Rechtsquellen. Rosenberg S. 213 ff.

19) Hier kommt die Preisgabe der Vernichtung oder dem Verlust der Sache praktisch gleich.

20) Nicht auch zugleich des beweglichen Zubehörs.

21) In Ansehung der Nutzungen kommt dies schon mit dem oben Note 15 Gesagten überein. Der Schuldner braucht aber auch z. B. nicht weiter für Reparaturen zu sorgen. Er haftet nur noch wie ein Dritter für Beschädigung.

22) Sie würde sich im Wege des § 928 BGB. vollziehen. S. das Sachenrecht.

23) Empfangsbedürftige Erklärung. S. o. Bd. I § 88.

24) Nicht die Unmöglichkeit. Es genügt, daß nach den Umständen des Falles die Androhung billigerweise vom Schuldner nicht erwartet werden kann. S. Planck zu § 303 Note 2.

25) Im Gegentheil, der Schuldner würde sich durch die Besitzaufgabe verantwortlich machen.

gegenstandes, ohne daß dieser dem Gläubiger wirthschaftlich verloren geht, und überläßt es ihm, den Annahmeakt hinzuzuthun. Davon wird näher beim Erlöschen der Schuldverhältnisse die Rede sein[26]).

F. Beendigung der Säumnißfolgen.

§ 165.

I. Die Folgen der Rechtshängigkeit der Forderung[1]) erlöschen (und zwar mit rückwirkender Kraft), wenn die Klage zurückgenommen wird. § 271 Abs. 3 CPO. Aehnlich, wenn sie durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes rechtskräftiges Urtheil abgewiesen wird[2]). Arg. § 212 Abs. 1 BGB.

II. Dagegen tritt eine Aufhebung der Verzugsfolgen regelmäßig nur für die Zukunft ein[3]). Die Beendigung der Säumniß hat hier nur den Sinn, daß die bisherigen Hindernisse der Leistung beseitigt, nicht aber daß sie ungeschehen zu machen sind. Zur geschuldeten Leistung gehört jetzt alles resp. nur dasjenige[4]), was der Gegner in Folge der eingetretenen Versäumniß verlangen kann. In dieser Weise endigt

1. der Verzug des Schuldners[5]) dadurch, daß dieser die Leistung nachholt[6]), einschließlich der Steigerung, welche sie durch den Verzug erfuhr. Erfordert die Leistung eine gewisse Zeit, so endigt der Schuldnerverzug unter Umständen schon mit Beginn der Leistung[7]). Soll Gläubiger nach Inhalt des Schuldverhältnisses die Leistung ab-

26) S. u. §§ 189 ff. Die Hinterlegung ꝛc. als Aufhebungsgrund der Schuldverhältnisse beschränkt sich nicht auf den Fall des Annahmeverzuges.

1) Erster Hauptfall der rechtlich relevanten Versäumnisse. S. o. § 160.

2) Spräche das Urtheil dem Kläger die Forderung selbst ab, so fehlte es selbstverständlich überhaupt an einer Säumniß.

3) Abgesehen von besonderen Abmachungen der Parteien. Vorbehaltlich dieser sind überhaupt alle nachfolgenden Erörterungen zu verstehen. Umgekehrt ist (sowenig wie anderwärts) hier Anlaß, über Alles zu reden, was die Parteien möglicherweise vereinbaren können: z. B. ob eine vom Schuldner ohne Berücksichtigung der entstandenen Verzugsfolgen bewirkte und angenommene Leistung als ein Verzicht auf die letzteren anzusehen sei. Es entscheiden die allgemeinen Regeln der Auslegung.

4) Z. B. die ursprüngliche Leistung nebst Verzugszinsen, Schadensersatz, oder Leistung, abzüglich der während der Zeit der Nichtannahme im Rahmen des § 300 BGB. zu Grunde gegangenen Partieen u. s. w.

5) Oben §§ 161 ff.

6) Soweit sie noch möglich ist oder die Erfüllung nicht vom Gläubiger (z. B. wegen mangelnden Interesses) zurückgewiesen werden darf. Andernfalls tritt der Ersatz ganz an Stelle des Versäumten. S. o. § 162.

7) Vorausgesetzt, daß sie alsdann ordnungsmäßig vollendet wird oder der Gläubiger nachträglich in Annahmeverzug geräth. S. darüber unten Ziff. III.

holen oder sind andere Hülfshandlungen von seiner Seite erforderlich, so ist mindestens wörtliches Angebot der Leistung und thatsächliche Leistungsbereitschaft des Schuldners zu verlangen[8]).

Der Schuldnerverzug endet auch durch eine nachträgliche Hinausschiebung der Leistungszeit seitens des Gläubigers (Stundung). Ob sie die Verzugsfolgen auch für die Vergangenheit tilgen soll, ist Thatfrage[9]). Wird an Stelle der ursprünglichen Schuld etwas anderes versprochen[10]), so steht dies in vorliegender Beziehung der Erfüllung gleich[11]).

Selbstverständlich endigt der Schuldnerverzug auch durch anderweitige Aufhebung der Verpflichtung des Schuldners[12]).

2. Der Gläubigerverzug[13]) endigt durch Erklärung der Bereitwilligkeit des Gläubigers, die Leistung anzunehmen und alles dasjenige zu thun, was dazu von seiner Seite erforderlich ist[14]). Ferner dem Schuldner die Aufwendungen zu ersetzen, deren Erstattung dieser verlangen kann[15]). Hat der Schuldner die Leistung zu bringen, oder sind vorgängige Hülfshandlungen des Gläubigers erforderlich, so hat letzterer mindestens seinen Annahmewillen dem Schuldner zu erklären, und soweit er seinerseits etwas zu leisten hat, die Leistung anzubieten[16]).

Ebenso endigt der Gläubigerverzug durch Vereinbarung der Parteien über eine Hinausschiebung der Leistungszeit und durch sonstige Aufhebung der Verpflichtung des Schuldners[17]).

III. Die Beendigung des Verzugs durch Nachholung des Versäumten kann nun bewirken, daß der Gegner seinerseits in Verzug geräth[18]). Z. B. der Gläubiger weigert sich ohne Grund, die versäumte

8) Arg. § 295 BGB. u. unten Ziff. III. S. auch Dernburg § 73 nach Note 2.

9) S. o. Note 3. — Ueber Stundung s. auch oben § 156 Ziff. V.

10) Z. B. durch promissio in solutum (s. u. § 187), Novation, Hingabe eines Wechsels u. dgl.

11) Also hat verzugstilgende Wirkung. Im Uebrigen s. o. Note 3.

12) Die entstandenen Verzugsfolgen bleiben bestehen. Enneccerus § 201 i. f. Jedoch kann bei gegenseitigen Verträgen der nichtsäumige Theil auf Grund des Verzugs auch einfach vom Vertrage zurücktreten. S. § 326 BGB. und unten das Vertragsrecht.

13) S. o. §§ 163 ff. Rosenberg S. 296 ff.

14) Also die nothwendigen Hülfshandlungen zu vollziehen und etwaige ihm obliegende Gegenleistungen (Zug- um Zug- oder Vorleistungen) zu bewirken.

15) § 304 BGB. S. o. § 164 Note 17. — Bis dahin liegt es immer noch am Gläubiger, daß die Leistung nicht erfolgt.

16) Empfangsbedürftige Erklärung. S. o. Bd. I § 88.

17) Nach Art des Leistungsverzuges. S. o.

18) Z. B. als Schuldner in Leistungs-, als Gläubiger in Annahme- oder je nachdem er auch verpflichtet ist, sogar in Leistungsverzug. S. o. § 163 Note 15 ff.

und nunmehr mit allen Zuthaten angebotene Leistung anzunehmen[19]). Oder auf Erklärung der Empfangsbereitschaft des Gläubigers[20]) verzögert nunmehr der Schuldner in verantwortlicher Weise die Leistung. Hier kann der Gläubiger den Schuldner in Leistungsverzug versetzen[21]). — Die auf Grund des successiven Verzugs eintretenden wechselseitigen Ansprüche[22]) sind bei der schließlichen Leistung zu verrechnen.

IV. Dagegen ist ein gleichzeitiger Verzug auf Seiten des Gläubigers und Schuldners unmöglich.

Drittes Kapitel.

Schuldverhältnisse aus Verträgen.

I. Von den Schuldverträgen.

§ 166.

A. Allgemeine Erfordernisse.

Die Begründung von Schuldverhältnissen geschieht vorzugsweise durch Verträge[1]), welche wir Schuldverträge nennen. Dieselben unterstehen den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts[2]) und können meist formlos geschlossen werden[3]). Ihr Inhalt geht auf die Be-

19) Es ist ein den Voraussetzungen des § 163 oben entsprechendes Angebot erforderlich, welches die gesammte Verzugsfolge umfassen muß.

20) Und eventuelles Angebot dessen, was er selbst zu leisten hat.

21) Nach § 161 oben. Er muß ihn also

a) regelmäßig mahnen; man müßte denn in der Bereitwilligkeitserklärung des Gläubigers, die seine eigene mora purgirt, zugleich schon eine Mahnung finden. Dies wird regelmäßig nicht angehen. (Es ist davon auszugehen, daß die Mahnung Säumniß des Schuldners voraussetzt, und diese war beim Verzug des Gläubigers eben nicht vorhanden.) Anderseits muß dem Schuldner, der durch die Bereitwilligkeitserklärung überrascht wird, nach Analogie des § 299 BGB. ein modicum tempus für die Leistung gewährt werden. Dafür auch Dernburg § 77 i. f.

b) Weiter muß die Verzögerung der Leistung auf Gründen beruhen, die der Schuldner nach Inhalt des Schuldverhältnisses zu vertreten hat.

22) Dabei ist zu beachten, daß nach der Aufhebung des Gläubigerverzuges die Ermäßigung der schuldnerischen Haftung wieder aufhört, soweit es sich um Umstände handelt, die nicht in der mora creditoris eingetreten sind.

1) S. o. I. Kapitel § 143.

2) Bd. I §§ 74, 80, 83 ff.

3) Im Recht der Schuldverhältnisse herrscht prinzipiell Formfreiheit — im Einklang mit dem ehemaligen gemeinen und franz., im Gegensatz zum preuß. Recht. S. schon oben Bd. I §§ 79, 87 besonders Note 2 und § 143.

gründung einer Verpflichtung des Vertragsschließenden[4]) zu einer Leistung im obigen Sinne[5]).

Aus diesem Inhalt ergeben sich einige Haupterfordernisse der Schuldverträge.

I. Die übernommene Leistung muß möglich sein[6]). D. h.

1. es darf nicht im Augenblicke des Vertragsschlusses gewiß sein, daß die Leistung dann nicht geschehen kann, wann sie geschehen soll[7]). Eine solche Unmöglichkeit macht den Vertrag nichtig[8]). § 306 BGB. Daran wird nichts geändert durch den Umstand, daß die Leistung später noch möglich wird[9]); es sei denn, daß sie geradezu unter der Bedingung ihrer demnächstigen Möglichkeit versprochen war[10]). Dem wird der Fall gleichgestellt, wenn die Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins[11]) versprochen war und die Unmöglichkeit bis zum Eintritt der Bedingung oder des Termines behoben wird[12]). § 308. Selbstredend kann auch wirksam versprochen werden, für eine übernommene Leistung aufzukommen, selbst wenn diese sich hinterher (aus irgend einem Grunde) als unmöglich herausstellt. Eine derartige Uebereinkunft gehört zu den sog. Garantieverträgen[13]). Hier haftet der Schuldner aus dem Garantieversprechen auf das Erfüllungsinteresse[14]). —

Auch an den nichtigen Vertrag können sich Rechtsfolgen anschließen.

---

4) Oder beider Vertragsschließenden. Ueber die gegenseitigen Schuldverträge s. u. §§ 167 Ziff. I u. 168 ff.

5) S. o. §§ 138, 144.

6) S. die oben § 145 Note 3 Citirten.

7) Sog. ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung. Vgl. Kleineidam S. 20 ff.; Titze S. 211. — Wegen nachträglicher Unmöglichkeit s. §§ 158, 170.

8) Bei theilweiser Unmöglichkeit tritt der Effekt nur für den unmöglichen Theil ein. S. o. § 145 Ziff. 1c.

9) Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest. S. Bd. I § 81. S. im Uebrigen Schollmeyer § 308 Note 2.

10) Diese Bedingung ist wie jede andere aufschiebende Bedingung zulässig.

11) Das Gesetz geht davon aus, daß es dem Parteiwillen auch in diesen Fällen entspricht, wenn die Unmöglichkeit bis zum Eintritt der rechtlichen Wirkung des Vertrags gehoben ist. Da den befristeten regelmäßig die nicht fälligen Forderungsrechte gleichstehen (s. o. Bd. I § 102 Note 8), ist der Gedanke dann auch entsprechend auf die letzteren zu übertragen. A. M. Schollmeyer Note 2. Der scheinbare Widerspruch mit Note 9 rechtfertigt sich aus der Parteiabsicht. Dagegen darf die Möglichkeit nicht erst nach Fälligkeit der Forderung eintreten. — Eine gegentheilige Parteifestsetzung ist zulässig, muß aber von dem bewiesen werden, der sie behauptet.

12) Spätestens beim Eintritt genügt. Schollmeyer a. a. O.

13) S. u. § 300. Kleineidam S. 44; Titze S. 212 ff., 223 Note 18.

14) Nicht blos, wie unten, auf das negative Vertragsinteresse.

Wenn bei der Schließung des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages nur der eine Theil die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte[15]), so haftet er dem anderen für den Schaden, den dieser durch sein Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags erleidet: also auf das sog. negative Vertragsinteresse[16]), jedoch nicht über den Betrag des Erfüllungsinteresses hinaus[17]). § 307 Abs. 1[18]). Ist die Unmöglichkeit nur eine theilweise und der mögliche Theil des Vertrags, als wesentlicher[19]), gültig, so ist dieser Ersatz nur für den Rest zu leisten[20]). Abs. 2[21]).

2. Vom bloßen Unvermögen des Schuldners spricht das Gesetz an dieser Stelle nicht; schon weil es als ein schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorliegendes selten mit Sicherheit erkennbar ist[22]). Bei Gattungsschulden ist der Mangel an Leistungsmitteln schon nach § 279 BGB. zu vertreten: der Vertrag also gültig[23]). Bei anderen Schulden muß dasselbe angenommen werden[24]), wenn der Schuldner nach Verkehrsgrundsätzen unbedingt dafür einzustehen hat, daß er die übernommene Leistung zu bewirken im Stande ist. Dann haftet er auf das Erfüllungsinteresse[25]).

---

15) Letzteres ist Fahrlässigkeit. Z. B. Nichtbeachtung der brieflichen Nachricht über den Untergang der zu verkaufenden Sache. S. o. Bd. I § 109. Auf Seiten des Beschädigten s. eod. § 111 Ziff. 2. — Im Fall der Schenkung muß die Unkenntniß des Schenkers auf grober Fahrlässigkeit beruhen. § 521 BGB.

16) S. o. § 151 Bd. II Ziff. 1a zu Note 25 ff. Kleineidam S. 36 ff., Titze S. 225. Dasselbe beruht hier auf Verschulden des anderen Theils (der sog. culpa in contrahendo). — Beruht der Vertragsschluß auf arglistiger Täuschung, so kann das volle Erfüllungsinteresse begehrt werden. S. o. Bd. I § 95.

17) Der Geschädigte soll nicht mehr erhalten, wie wenn der Vertrag gültig, aber vom anderen Theile nicht erfüllt wäre. Vgl. o. Bd. I § 92 Ziff. 3.

18) Der Geschädigte hat das Verschulden seines Gegners und seinen Schaden zu beweisen; der Gegner seine etwaige Befreiung.

19) S. o. Bd. I § 80 zu Note 19. Z. B. ein Theil des verkauften Terrains ist verkehrslos, weil eine Straße hindurchgeht.

20) Selbstredend kann dies auch je nachdem den ganzen Werth darstellen, weil das getäuschte Vertrauen auf die Gültigkeit des ganzen Vertrags durch das Zustandekommen eines Theiles nicht gedeckt wird. Titze S. 231.

21) Wegen Wahlschulden s. o. § 153 Note 52 und Titze S. 223, 231 ff.

22) Deutlich hervortreten würde es z. B., wenn die verkaufte Sache einem Dritten gestohlen oder zu Gunsten eines Dritten patentirt war. Vgl. im Uebrigen Kleineidam S. 45 ff.; Titze S. 247.

23) S. o. § 158 Note 12 ff.

24) Im Gegensatz zum franz. Recht, Art. 1599 Code Napoléon.

25) Dasselbe läßt sich auch aus dem oben § 159 Ziff. II Gesagten ableiten. Danach darf der Gläubiger nach Maßgabe des § 283 BGB. unter Ignorirung der Unfähigkeit des Schuldners auf die Leistung klagen und darauf ein Urtheil erwirken, wenn der Verpflichtete sich nicht entschuldigt. Auf Grund des Urtheils kann er dann in der Vollstreckungsinstanz auf das Erfüllungsinteresse übergehen. Fraglich kann nur sein, ob der Gläubiger gezwungen

II. Die übernommene Leistung muß erlaubt sein. Abgesehen von den allgemeinen Vorschriften über Erlaubtheit der Verträge (Bd. I § 85) kommt hier Folgendes in Betracht.

1. Leistungen, die das Gesetz verhindern will, sind rechtlich unmöglich. Wenn folglich der eine Theil, und nicht der andere, die Unerlaubtheit kannte oder kennen mußte, so schuldet er (trotz der Nichtigkeit des Vertrags) dem anderen Theile das negative Vertragsinteresse. § 309 BGB. — Zulässig ist wiederum, den Vertrag über eine zur Zeit unerlaubte Leistung für den Fall zu schließen, daß sie demnächst erlaubt sei[26]). Und beim Versprechen unter einer anderweitigen Bedingung oder Zeitbestimmung[27]) wird entsprechend auf die Erlaubtheit zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Termines gesehen[28]). § 309 (jcto § 308) BGB.

2. Sodann gibt das Gesetz besondere Vorschriften über die Erlaubtheit einzelner Schuldverträge[29]). Sie werden zum Theil verboten, theils im Interesse der Verkehrssicherheit an die Beobachtung bestimmter Formen geknüpft[30]). So ist

a) ein Vertrag nichtig, durch den sich Jemand einem Anderen zur Uebertragung seines ganzen oder eines Bruchtheils seines zukünftigen Vermögens verpflichtet oder ihm den Nießbrauch daran einzuräumen verspricht (§ 310 BGB). Der Grund ist, daß er sich damit seiner Erwerbfähigkeit für die Zukunft (ganz oder zum Theil) begeben

---

sein soll, den Umweg des § 283 BGB. zu beschreiten, oder ob er sofort, nachdem sich das Unvermögen des Schuldners herausgestellt hat, auf das Erfüllungsinteresse klagen kann. Das erstere wäre nur ein sinnloser Schnörkel. Für letzteres spricht außerdem die Analogie. Wenn nach dem oben § 159 Gesagten, oder wenn im Falle des § 286 Abs. 2 BGB. eine Leistung, die für den Gläubiger jedes Interesse verloren hat, nicht mehr eingefordert zu werden braucht, vielmehr sofort das Interesse verlangt werden kann, um wie viel mehr hier, wenn feststeht, daß die eigentliche Leistung niemals stattfinden wird. Die deutsche Praxis wird dann nicht noch darauf verurtheilen! S. auch Dernburg § 61 Ziff. II.

26) Z. B. über Waaren, deren Einfuhr in's Inland zur Zeit verboten ist, für den Fall der erhofften Aufhebung des Verbots.

27) Späterer Fälligkeit. S. o. Note 11.

28) Entsprechend dem oben Note 11 Gesagten.

29) Vgl. hierzu Dernburg § 80; Endemann §§ 102, 104; Cosack § 82 II, § 101; Mathiaß I § 85 II; Enneccerus I §§ 177, 180. — Es ist verwirrend, hier Bestimmungen einzuflechten, die blos für einzelne Schuldverhältnisse (unten §§ 210ff.) gegeben sind (z. B. über das Erforderniß der Schenkungsform, des schriftlichen Bürgschaftsversprechens u. s. w.). Hier ist nur das allgemeine Vertragsrecht zu behandeln (d. i. das Recht der Schuldverträge überhaupt bezw. der contractus innominati im oben § 148 Ziff. 1 entwickelten Sinne).

30) Zum Zwecke der Gültigkeit (nicht blos der Beweisbarkeit). S. o. Bd. I § 87.

und damit in seiner Persönlichkeit negiren würde[31]). Dagegen ist ein Vertrag mit gleichem Inhalt über das gegenwärtige Vermögen erlaubt. Dies ist nur eine Kollektivbezeichnung für die einzelnen Rechte. Nur wird wegen der wirthschaftlich großen Tragweite des Geschäfts gerichtliche oder notarielle Beurkundung[32]) verlangt. § 311[33]).

b) Nichtig ist auch der Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten — sogar unter dessen Zustimmung[34]). Das Gleiche gilt, wenn die Vereinbarung sich auf den Pflichttheil oder ein Vermächtniß aus einem solchen Nachlasse beschränkt. Vereinbarungen unter künftigen gesetzlichen Erben über gesetzliche Erb- und Pflichttheile werden jedoch von dieser Vorschrift nicht berührt. Doch ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Vertrages erforderlich[35]). § 312. Dieser Vertrag kommt — namentlich gegen ein sofort zahlbares Entgelt — häufig vor (Abfindung unter Geschwistern). Einwilligung des Erblassers ist nicht erforderlich[36]).

c) Gerichtliche oder notarielle Beurkundung wird schließ-

---

31) Vgl. o. Bd. I § 31 Ziff. 2. — Das Geschäft ist in jeder Version unerlaubt, z. B. auch so, daß mehrere Personen sich verpflichten, ihr zukünftiges Vermögen in eine Gesellschaft einzuwerfen (societas omnium bonorum). Eine erlangte Gegenleistung ist gleichgültig. — Ehegüterrechtliche Verträge (§§ 1432, 1438 ff.) sind (nach dem Wesen der Ehe) auch mit dem hier besprochenen Inhalt erlaubt. Sie sind keine Schuldverträge. Ebensowenig Erbverträge, die daher auch von der Bestimmung nicht getroffen werden.

32) Ueber die einzelnen Formen s. o. Bd. I § 87. Nach Ziff. 3c ist danach gleichzeitige Beurkundung des Antrags und der Annahme in einem und demselben Akte nicht erforderlich. — Inwiefern dem Vertrage materielle Schranken gesetzt sind (z. B. durch das Verbot der Verletzung des Pflichttheilsrechts), ist eine andere Frage.

33) Die meisten Schriftsteller betonen, daß dieser Vertrag keine Universalsuccession begründe (vgl. o. Bd. I § 31 Note 8). Inwiefern die Uebernahme einer Verpflichtung zur Uebertragung überhaupt eine Succession erzeugen soll, ist mir unerfindlich. S. o. Bd. I § 74 II Ziff. 3.

34) Ueber den ganzen Nachlaß oder eine Quote. — Die pacta de hereditate tertii sind seit jeher unerlaubt gewesen. Doch bestand keine Uebereinstimmung, wenn der Dritte dem Vertrage zugestimmt und die Zustimmung bis zu seinem Tode nicht widerrufen hatte. Auch unter Intestaterben ließ man sie vielfach zu. Vgl. l. 30 Cod. de pact. 2, 3; Preuß. A.L.R. I Tit. 11 § 446, Tit. 12 § 649; Code Nap. 791, 1130, 1600. Unser Gesetz soll diesen Streit schlichten. (Der Unterschied von den — erlaubten — Erbverträgen liegt darin, daß nicht der Herr des Nachlasses selbst es ist, der — als Erblasser — den Vertrag schließt.)

35) Aus den Schlußworten der vorigen Note erhellt der Unterschied von einem Erb- oder Erbverzichtsvertrage. Letztere sind überhaupt keine Schuldverträge. Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Uebernahme einer Verpflichtung, sich beim Erbfall in einer näher bestimmten Art und Weise zu verhalten. — Wegen der Beurkundung s. o. Note 32.

36) Wohl aber unter Umständen des Vormundschaftsgerichts. S. § 1643, 1822 Ziff. 1 BGB.

lich[37]) für alle Verträge verlangt, durch welche sich Jemand verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstück auf einen Anderen zu übertragen[38]). § 313. Die Vorschrift trifft Geschäfte aller Art (entgeltliche wie unentgeltliche), sofern sie nur eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung oder zur Bestellung resp. Uebertragung eines Erbbaurechts (arg. § 1017 BGB.)[39]) in sich schließen; z. B. nicht nur Kauf, Tausch, sondern auch Gesellschaftsverträge, die Einräumung eines Vorkaufsrechts am Grundstück u. dgl. Dagegen nicht die Verpflichtung zur bloßen Aufgabe des Grundstücks[40]), zur Besitzübertragung und zur Bestellung anderer dinglicher Rechte. — Uebrigens wird der Formmangel geheilt (der geschlossene Vertrag also seinem ganzen Inhalte nach[41]) gültig)[42]), wenn der dingliche Vertrag (Auflassung) nachgefolgt und der Erwerber als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen ist. § 313 Satz 2[43]). Dagegen ist die Uebergabe des Besitzes gleichgültig. Auch die Auflassung und Ueberschreibung eines Theiles, oder einiger von mehreren zugleich oder wechselseitig versprochenen Grundstücken führt keine Heilung des Grundvertrages herbei[44]).

---

37) Um der Wichtigkeit des Gegenstands willen. — Landesrechtlich genügt unter Umständen auch die Beurkundung durch andere Behörden. Art. 142 EG.BGB.

38) Zur Verhütung von Uebereilung (Wirthshausgeschäften), und der sozialen Tragweite halber (Agrarfrage, Landwucher ꝛc.). Das Bürgerliche Gesetzbuch geht hier noch über das ehemalige Preuß. Allg. Landrecht hinaus, welches sich (I Tit. 10 § 17) mit einfacher Schriftform begnügte. (Ob das Grundstück bereits im Grundbuch eingetragen ist, ist gleichgültig.) Für den anständigen Verkehr wirkt die rigoröse Vorschrift oft lähmend. Man muß das in den Kauf nehmen. — Gleichzeitige Beurkundung des Antrags und der Annahme in einem und demselben Akte ist natürlich auch hier nicht erforderlich. Auf diesem Wege kann sich der Oblat in der Urkunde über den Antrag zweckmäßig eine geeignete Frist für die Annahme setzen lassen (vgl. §§ 146, 148 BGB.), damit der Antragsteller gebunden bleibt, falls die Entschließung über die Annahme längere Zeit erfordert (z. B. wenn Genehmigungen von Behörden u. dgl. einzuholen sind). — Ueber Vorvertrag und Konventionalstrafe s. u. § 167 Note 21 und § 178 Note 7.

39) Oder eines Erbpachtrechts, soweit dasselbe landesrechtlich noch besteht. S. Art. 63 EG.BGB. Dieselben werden nach den cit. Vorschriften wie Grundstücke behandelt.

40) S. über Verzicht und Uebertragung oben Bd. I § 74 bei Note 19.

41) Einschließlich aller etwa bedungenen Nebenleistungen. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 293, Bd. 16 S. 267.

42) Vorausgesetzt, daß der Vertrag nicht an sonstigen Mängeln leidet. Der Eigenthumserwerb heilt nur die Form. S. dazu übrigens noch Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 230, Bd. 35 S. 175, Bd. 3 S. 257.

43) Diese Heilung konnte unbedenklich zugelassen werden, da die Uebereignung noch umständlicher ist, als die hier verlangte Form. Schon das preuß. Recht (Eigenthumserwerbsges. v. 5. Mai 1872) kannte die Heilung. (Entsprechend wirkt der dingliche Erwerb des Erbbaurechts ꝛc. durch den anderen Kontrahenten.) Ueber den dinglichen Erwerb selbst s. §§ 873 ff., 925, 1017 BGB. und unten das Sachenrecht.

44) Nicht einmal bezüglich der betroffenen Grundstücke, es müßte sich denn

3. Endlich muß die übernommene Leistung **genügend bestimmt** sein. In dieser Hinsicht kommen selbstverständlich zunächst die Regeln der **Auslegung** (einschließlich derjenigen des § 314 BGB.) zur Anwendung. Danach erstreckt sich die übernommene Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung einer Sache im Zweifel auch auf das Zubehör[45]). Im Uebrigen entscheiden die Grundsätze über das zulässige **Maß der Bestimmtheit des Schuldgegenstandes**[46]). Auch in dieser Beziehung werden einige Auslegungsregeln gegeben. Für den Fall, daß eine Partei oder ein Dritter resp. mehrere Dritte das Bestimmungsrecht haben, sollen sie die Bestimmung im Zweifel nach billigem Ermessen — und mehrere Dritte sollen sie einheitlich treffen. Nur für die Bestimmung einer Summe ist der Durchschnitt maßgebend. §§ 315, 317 BGB. In § 316 wird sogar der im Zweifel bestimmungsberechtigte **Vertragstheil** bezeichnet. Dies und die Art und Weise, nebst den Folgen der getroffenen und unterbliebenen Bestimmung ist schon erörtert. S. auch § 315 Abs. 2 u. 3, §§ 318 u. 319 BGB.

§ 167.

B. Arten der Schuldverträge.

I. Die Schuldverträge sind **einseitige und gegenseitige**.

Einseitig ist ein Vertrag, in dem nur eine Partei der anderen eine Leistung bewilligt; zweiseitig ein solcher, in dem sich die Parteien wechselseitig solche Leistungen bewilligen[1]). Im ersteren Fall ist also der eine Theil nur Gläubiger, der andere nur Schuldner; im letzteren sind sie beide zugleich Gläubiger und Schuldner. Verträge beider Arten gibt es in großer Zahl.

Doch reicht diese Unterscheidung für unsere Bedürfnisse nicht aus. Die Zweiseitigkeit eines Vertrags ist oft nur eine zufällige. **Das Geschäft ist seinem ersten Inhalt nach einseitig; nur durch besondere Umstände entsteht eine** (sekundäre) **Gegenverpflichtung der anderen Partei.** Hier ist es nur die erstere Verpflichtung, die dem Geschäft seinen Charakter gibt (um deretwillen es geschlossen

nicht um einen einheitlichen Vertrag handeln. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 16 S. 268, Schollmeyer § 313 Note 2a. A. M. Dernburg, Sachenrecht 2. Aufl. § 90 i. f.

45) Z. B. der Verkauf eines Hauses begreift die Hausschlüssel und Winterfenster, der eines Theaters, einer Fabrik, eines Landguts die ganze Einrichtung mit. — S. über die Auslegung im Uebrigen oben Bd. I § 91.

46) S. o. § 146.

1) S. Bd. I § 74.

worden ist), und die Behandlung der Nebenverpflichtung läuft rechtlich nur nebenher. Verträge dieser Art kann man auch unvollkommen zweiseitige nennen[2]).

Verschieden davon sind die Fälle, in denen das Geschäft von vornherein auf einen Austausch der beiderseitigen Leistungen angelegt ist[3]). Hier erscheint keine der beiden Verpflichtungen als die Hauptverpflichtung: beide sind im Rechtssinn gleichwerthig, da eine als das Aequivalent der anderen erscheint; — beide in ihrem Wechselverhältniß geben dem Geschäft seinen Charakter und gehören zu seinem typischen Inhalt. Diese (vollkommen zweiseitigen) Verträge werden gegenseitige Verträge genannt. S. §§ 320 ff. BGB. Es sind die Umsatzgeschäfte des täglichen Lebens: Kauf, Tausch ꝛc. und der Umsatz des Gebrauchs von Gütern und fremden Arbeitskräften gegen Entgelt (Miethe, Pacht und die verschiedenen Lohnverträge); ferner die Gesellschaft als Zusammenfassung wechselseitiger Leistungen zur Erreichung gemeinschaftlicher Ziele u. dgl.

Die Eigenartigkeit der gegenseitigen Verträge bedarf einer genaueren Entwickelung. Leistung und Gegenleistung stehen hier in einem besonderen Abhängigkeitsverhältniß. Jede der mehreren Leistungen ist um der anderen willen übernommen. In Folge dessen wirken Unregelmäßigkeiten bei der einen nicht nur auf die betreffende Verpflichtung selbst[4]), sondern auch auf die Gegenverpflichtung ein[5]).

II. Das im Vertrage festgesetzte Aequivalent einer Leistung kann auch in der Möglichkeit eines Gewinnes oder Verlustes für die eine oder andere Partei bestehen. Also eines Erfolges, der von einem ungewissen Ereigniß abhängt. So kommen wir zu dem Begriff von Glücksverträgen oder gewagten Verträgen[6]).

2) Dagegen war die ehemalige Bezeichnung: „unvollkommen synallagmatische Verträge" nicht zu billigen; denn συνάλλαγμα bedeutet Tausch, und die in Rede stehenden Geschäfte sind nicht auf Austausch angelegt. Beispiele sind der Auftrag, die Leihe, die Verwahrung ꝛc.

3) Der Unterschied kam im röm. Aktionensystem sehr klar zum Ausdruck. Bei den unvollkommen zweiseitigen Geschäften erhielt die actio ihren Namen nur von dem Hauptgeschäftsinhalt. Die Klage auf die Gegenleistung hatte keinen besonderen Namen; sie wurde nur als actio contraria bezeichnet (z. B. actio mandati, depositi etc. contraria). Wo dagegen der Vertrag vollkommen zweiseitig war, hatten die actiones beider Parteien regelmäßig jede ihren besonderen Namen (z. B. actio emti — venditi, locati — conducti). Hierin liegt eine Feinheit, die wir uns nicht entgehen lassen sollten. Wir werden uns nicht scheuen, den Gegenanspruch bei unvollkommen zweiseitigen Geschäften noch heute gelegentlich als actio contraria zu bezeichnen.

4) In der oben §§ 158 ff. geschilderten Weise.

5) Darüber s. u. §§ 168 ff.

6) Man spricht auch von aleatorischen Verträgen.

Die Glücksverträge sind entweder reine Glücksverträge, wie Spiel und Wette[7]). Oder die aleatorische Klausel ist nur einem anderen Geschäfte beigefügt. Hierher gehört z. B. der Hoffnungskauf[8]), das Darlehen gegen Verbodmung[9]) u. s. w. Oft besteht der aleatorische Zweck nur von der einen Seite, während die andere Partei nur Sicherung für ein befürchtetes, der Verwirklichung ihrer Rechte nachtheiliges Ereigniß[10]) sucht[11]).

III. Die in dem Schuldvertrage übernommene Leistung kann auch im Abschluß eines anderen Vertrages bestehen. So liegt in der Uebernahme einer Veräußerung von Sachen (Kauf, Tausch, Schenkung) auch die Uebernahme des Abschlusses des dinglichen Vertrags, durch welchen dem Erwerber das Eigenthum der Sache verschafft werden soll. Eine Besonderheit des Kaufvertrages 2c. liegt darin nicht. Dagegen sind diejenigen Schuldverträge auszuzeichnen, die auf den Abschluß eines anderen Schuldvertrages gerichtet sind. Hier spricht man von Vorverträgen.

Der Vorvertrag spielt unter den Vorverhandlungen des beabsichtigten Hauptgeschäftes eine Rolle, unterscheidet sich aber von ihnen durch seinen bindenden Charakter[12]). Die Parteien des Vorvertrags können daraus den Abschluß des Hauptvertrages verlangen, — bei Weigerung des anderen Theils die Zwangsvollstreckung darauf einleiten oder Schadensersatz fordern[13]).

1. Natürlich hat diese Unterscheidung nur Sinn, wenn mit dem Abschluß des ersten Vertrags nicht schon von selbst die Verpflichtungen gegeben sind, die in dem zweiten übernommen werden sollen. Denn dann bedarf es des Abschlusses des zweiten Vertrags überhaupt nicht. Die angebliche Vorverpflichtung ist die Hauptverpflichtung, — der geschlossene Vertrag dem Hauptvertrage gleich, auf dessen Abschluß er lautet[14]). In diesem Sinne

7) S. u. § 289. Auch der Leibrentenvertrag (unten § 251) kann unter Umständen hierher gehören. S. § 288.

8) Vgl. § 212 Ziff. 1b.

9) §§ 679 ff. HGB. und die Lehrbücher des Handelsrechts.

10) Derjenige, welcher die Sicherung übernimmt, rechnet darauf, daß jenes Ereigniß nicht eintreten werde. Für ihn führt das Geschäft zu einem Gewinn oder Verlust, je nachdem das Ereigniß ausbleibt oder eintritt (alea).

11) Allgemeine Vorschriften über die gewagten Geschäfte enthält unser Gesetz nicht. Vgl. aus dem früheren Recht die Bestimmungen Pr. A.LR. I Tit. 11 §§ 527 ff. Code Nap. Art. 1104, 1964.

12) S. o. Bd. I § 90 Ziff. 3, wo auch die Litteratur genannt ist.

13) S. o. § 159 u. Bd. I § 90 Note 9.

14) Ohne Rücksicht auf den Wortlaut. Die reale Sachlage entscheidet. S. auch § 133 BGB. und den Satz, daß falsa demonstratio non nocet.

ist der internationale Satz richtig: „promesse de vente vaut vente“[15]) und paßt auch auf andere Verträge[16]). Es kann also in solchen Fällen von einem Vorvertrage nur die Rede sein, wenn nach der Absicht der Parteien der Abschluß des Hauptvertrages *noch hinausgeschoben werden sollte*; — sei es um den näheren Inhalt noch vorzubehalten[17]) oder einstweilen nur die eine Partei zu binden[18]). Immerhin wird es in einfachen Verhältnissen hier näher liegen, sofort den Hauptvertrag unter Bedingung oder mit Rücktrittsrecht[19]) abzuschließen.

Ist der Abschluß des Hauptvertrags an eine *Form* gebunden[20]), so ist auch die Gültigkeit des Vorvertrages von Beobachtung der Form abhängig, wenn letztere im öffentlichen Interesse (zur Verhütung von Uebereilung u. dgl.) vorgeschrieben ist. Denn es wäre Gesetzesumgehung, sich formlos zur Beobachtung der Form zu verpflichten[21]).

2. Nach alledem würde das Feld der Vorverträge ein ganz beschränktes sein, wenn es nicht Fälle gäbe, in denen ohne das erwähnte öffentlichrechtliche Interesse zur Wirksamkeit eines Geschäfts *oft mehr verlangt wird, als die einfache Willenserklärung der Parteien*. Vielfach ist aber dazu noch *eine besondere Handlung erforderlich*: die Hingabe einer Sache oder die Ausstellung einer Urkunde[22]). Hier hat es guten Sinn, in einem Vorvertrag (durch einfache Willenserklärung) *die betreffende Partei zur Vornahme jener Handlung zu verpflichten*.

a) Hauptfall sind die Verträge *auf Rückgabe*. Bei diesen

---

15) Wenn die Kriterien des Textes zutreffen, so erzeugt das pactum de contrahenda emtione nicht blos die Verpflichtung zum Verkauf der Sache, sondern sofort zu ihrer *Uebergabe* und *Uebereignung* (§ 433 BGB.).

16) Z. B. Miethe, Gesellschaft 2c. Bedarf das Hauptgeschäft einer besonderen Form (Bd. I § 87), so muß diese natürlich gewahrt sein.

17) Z. B. um denselben den Eventualitäten der Zukunft anzupassen. In diesem Sinne gibt es z. B. ein pactum de ineunda societate. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 9 S. 38. — Soweit wesentliche Bestimmungen des Hauptvertrags noch *offen* gelassen sind, muß der Vorvertrag *genügende Anhaltspunkte zu ihrer Ausfüllung geben*. Es entscheiden die Grundsätze über das zulässige Maß der Unbestimmtheit, oben §§ 145, 166 i. f. u. Cit.

18) Der Gegner verpflichtet sich, auf Verlangen zum Abschluß des Vertrages mitzuwirken (z. B. das Haus zu festem Preise zu kaufen), kann aber seinerseits den Abschluß nicht fordern. — Vgl. noch *Degenkolb* im civ. Archiv Bd. 71 S. 69, *Bechmann*, Kauf II S. 270.

19) S. u. §§ 174 ff.

20) S. über die gesetzlichen Gültigkeitsformen oben Bd. I § 87.

21) Z. B. zum Abschluß des in § 313 BGB. erwähnten Vertrages. S. o. § 166 Note 38. Ein *Schadensersatzversprechen* für den Fall des Nichtabschlusses des Hauptgeschäfts ist unwirksam nach § 344 BGB. S. auch unten § 177 Note 12.

22) S. schon oben Bd. I § 78 Text u. Note 2.

kann die Vertragsleistung des Schuldners begrifflich erst gefordert werden, nachdem der andere Theil die Valuta oder die sonst zurückzugebende Sache *hingegeben* hat (so beim Darlehen, der Leihe, Verwahrung, der Bestellung eines Faustpfands). Die Hingabe selbst gehört nicht mit zum Inhalt dieser Verträge: sie hat keinen Raum in ihrem Organismus[23]). *Anderseits kann auch die Hingabe gültig versprochen werden*; der Gegner hat daran oft ein sehr großes Interesse. Dies geschieht in einem *Vorvertrage* (pactum de mutuo dando, commodando u. s. w.). S. § 610 BGB.[24]).

b) Ebenso kann den *Verpflichtungen aus Werthpapieren*[25]) der Abschluß eines Vorvertrags auf Ausstellung des Papiers vorausgehen.

In allen diesen Fällen bedarf der Abschluß des Vorvertrages natürlich keiner Form.

IV. Von der Eintheilung der Schuldverträge in *benannte* und *unbenannte*, sowie in *abstrakte* und *kausale* war schon die Rede[26]); auch daß die kausalen Schuldverträge die bei Weitem überwiegenden sind. Jeder gegenseitige Vertrag gibt schon als solcher den Rechtsgrund der beiderseitigen Verpflichtungen an. Für jede Partei liegt dieser Rechtsgrund in der übernommenen Verpflichtung des Gegners[27]). Es ist das Feld der *wirthschaftlichen Verkehrsgeschäfte*. Das

---

23) In Beibehaltung des romanistischen Sprachgebrauchs pflegt man diese Verträge auch als *Realverträge* zu bezeichnen, weil die beabsichtigte Verpflichtung erst mit der Hingabe (res) entsteht. Der Unterschied vom röm. Recht liegt darin, daß dort der formale Rechtsgrund des Vertrags in der Leistung des Gläubigers lag (s. o. § 143 Note 9). Dies ist beseitigt. Heute ist es nur der *besondere Inhalt der übernommenen Verpflichtung*, das die in Rede stehenden Verträge auszeichnet. Darum ziehen wir den Ausdruck „Verträge auf Rückgabe" vor (um so mehr, als wir unter Realgeschäften heute noch etwas anderes verstehen: s. o. Bd. I § 86 Note 9). Die Eigenartigkeit des Inhalts schließt heute die genannten Vereinbarungen zu einer besonderen Gruppe zusammen. Wir haben auch hier nur das geschichtlich Zufällige abzustreifen. Vgl. *Adler* in Ihering's Jahrb. Bd. 31 S. 190; *Cohn*, Handb. d. Handelsrechts III S. 843 u. Cit.; *meine* Partiarischen Rechtsgeschäfte (1897) S. 367 ff. u. Cit.

24) Praktische Folgen sind, daß der Entleiher, der die versprochene Summe eben nicht schlechthin, sondern nur *als Darlehen* fordern kann, den Anspruch darauf nicht einem Anderen abtreten, — umgekehrt daß ihm keine Aufrechnung mit einer anderen Geldforderung entgegengesetzt werden kann. Der Kapitalist schuldet hier kein dare, sondern ein facere. Vgl. auch *Degenkolb* a. a. O. S. 78.

25) S. o. Bd. I § 63. Z. B. aus Wechsel, anderen Indossament- und aus Inhaberpapieren. S. u. §§ 310 ff.

26) S. o. § 143 Ziff. 1a u. Bd. I § 75 Ziff. 2.

27) Vgl. o. § 75 Note 14. — Nicht in der *Erfüllung* dieser Verpflichtung!

Gegenstück auf dem Gebiet der einseitigen Verträge bildet die Schenkung. Daneben gibt es nur einige abstrakte Geschäfte[28]).

II. Inhalt der Schuldverhältnisse aus gegenseitigen Verträgen.

A. Das Prinzip der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung in diesen Verträgen.

§ 168.

Beim gegenseitigen Vertrage stehen die übernommene Leistung und Gegenleistung in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse[1]). Es fragt sich, wie weit dieses geht. Die mehreren Leistungen sind zum Austausch bestimmt: jede ist in einem besonderen Schuldverhältniß übernommen[2]), — beide Schuldverhältnisse[3]) werden von einem und demselben vertragsmäßigen Bande umspannt. Dies ist nicht nur etwas Formales, sondern von hoher wirthschaftlicher Bedeutung.

1. Die Entstehung jedes der beiden Schuldverhältnisse gehört zu den wesentlichen Bestandtheilen des abgeschlossenen Vertrags. Ist eines dieser Schuldverhältnisse ungültig[4]), so ist es der ganze Vertrag[5]). S. auch §§ 139, 142 Abs. 1 BGB.[6]). Der gegenseitige Vertrag kommt also entweder ganz oder gar nicht zu Stande[7]). Entsteht aus ihm die eine Verpflichtung nicht, so auch nicht die Gegenverpflichtung[8]).

---

28) Von ihnen wird im speziellen Theil (Zweiter Abschnitt VII. Kapitel) die Rede sein.

1) S. o. § 167 Ziff. I i. f.

2) So oft mal Gläubiger und Schuldner, so oft mal ist ein Schuldverhältniß vorhanden. S. o. § 139. Auch in der Anwendung auf den vorliegenden Fall war die Frage ehemals bestritten (vgl. Liebe, Stipulation S. 284, Scheurl, Beiträge I S. 151), ist es aber jetzt kaum mehr.

3) Resp. mehrere! Der Einfachheit halber wird nur vom gewöhnlichen Fall des Gegenüberstehens zweier Verbindlichkeiten gesprochen.

4) Z. B. wegen ursprünglicher Unmöglichkeit, Unerlaubtheit, mangelnder Bestimmtheit der Leistung. S. o. § 166.

5) Dies nennt man die genetische Abhängigkeit bei gegenseitigen Verträgen.

6) Ebenso Bd. I §§ 80 ff.: die Lehre von den Rechtsgeschäften.

7) Bei theilweiser Unmöglichkeit der einen Leistung ist der ganze Vertrag ungültig, sofern nicht anzunehmen ist, daß er auch bei Kenntniß des Umfangs der Möglichkeit der einen Leistung geschlossen worden wäre. Dies kann dann auch zu einer entsprechenden Minderung der Gegenleistung führen. So besonders wenn das Aequivalent nach dem Quantum zu bemessen ist. Arg. § 139 BGB. S. auch Dernburg § 92 Ziff. I.

8) Ueber den Fall des ehemaligen negotium claudicans s. o. Bd. I § 83 Note 6. Auch hier kam der Vertrag entweder ganz oder gar nicht zu Stande. Nur bis zur Entschließung des Unmündigen war der Gegner gebunden, der Unmündige nicht. — Das negotium claudicans ist jetzt für

2. Nicht ganz so vollständig ist die Abhängigkeit in Ansehung der Erfüllung[9]). Es ginge zu weit, zu sagen, daß wenn der eine Theil nicht leistet, auch der andere nicht zu leisten brauche und das bereits Geleistete zurückfordern könne. Allerdings ist diese Auffassung im Lauf der Zeit nicht unvertreten[10]), aber man ist mit Recht davon zurückgekommen. Nachdem die verschiedenen Schuldverhältnisse (wenn auch auf der gemeinsamen Grundlage des Vertrages) einmal gültig entstanden sind, leistet jede Partei rechtlich nicht um der Gegenleistung willen, sondern weil sie verpflichtet ist[11]). Der Rechtsgrund ihrer Leistung liegt in der Vergangenheit, nicht in der Gegenwart und Zukunft[12]). Diese insbesondere bei den Römern entwickelte Auffassung führt unter Umständen dazu, daß der eine Theil, welcher in Folge zufälligen Untergangs des Schuldobjekts nichts mehr zu fordern hat, dennoch die Gegenleistung machen muß, obschon er dafür nichts mehr enthält. Man sagt hier, er trägt die Gefahr (scil. des ganzen Vertragsverhältnisses): das sog. periculum obligationis[13]). Bei den Römern kam dies stellenweise in krasser Form vor[14]); heutzutage nur noch selten

die Regel beseitigt (s. die dortigen Ausführungen), d. h. es ist keiner der Vertragsschließenden gebunden, und es hängt von der Entschließung beider Theile (resp. für den Geschäftsbeschränkten von der seines gesetzlichen Vertreters) ab, ob der Vertrag zu Stande oder nicht zu Stande kommen soll.

9) Man spricht hier auch von funktioneller Abhängigkeit (im Gegensatz zu Note 5): indem die eine Leistung nicht ohne Rücksicht auf die andere geltend gemacht werden könne. Aber dies ist eben das Problem.

10) Insbesondere ist dies der Standpunkt des Code Napoléon (Art. 1184), wonach aus der Nichterfüllung des einen Theils ein allgemeines Reuerecht für den anderen folgt. Hier haben naturrechtliche Anschauungen und eine konstante Notariatspraxis mitgewirkt. Die Resolutionsklausel (lex commissoria) wurde bei gegenseitigen Verträgen clause „de style" und schließlich subintelligirt. Fleißiger Gebrauch des bedungenen Rücktrittsrechts (s. u. §§ 174 ff.) könnte auch bei uns schließlich zu ähnlichem Ergebniß führen. S. auch schon unten § 170 Note 46 ff., § 171 Note 16.

11) Sie leistet solvendi, nicht credendi causa (s. o. Bd. I § 74 i. f.). Anders war es bei den röm. Innominatrealkontrakten. Bei diesen wurde um der zu erlangenden Gegenleistung willen (ob rem) geleistet, denn vorher war das Geschäft nicht gültig. S. o. § 143 Note 9. Daher gab es bei diesen auch ein allgemeines Reuerecht des Leistenden, für das im heutigen Recht jeglicher Grund hinweggefallen ist.

12) Vgl. z. B. § 814 BGB. Etwaige Rückforderung des Geleisteten, wo sie gestattet ist, setzt einen Irrthum des Leistenden voraus. S. u. §§ 317 ff.

13) Wohl zu unterscheiden von dem periculum rei: der untergegangenen Sache selbst. Deren Gefahr trägt der Eigenthümer. Res perit domino, oder casum sentit dominus. — Ueber die Gefahr der Leistung bei einfachen Schuldverhältnissen s. o. § 147 Note 29.

14) Es ist einer der berühmtesten Sätze des positiven röm. Rechts: periculum est emtoris. Vgl. § 3 J. de emt. et vend. 3, 23; l. 5 § 2 Dig. de resc. vend. 18, 5 und sonst noch öfters. Ueber seine richtige Begründung waren die Ansichten sehr getheilt, aber wohl kaum über seine wirthschaftliche Bedenklichkeit. Unser Gesetz hat den Satz beseitigt.

(vgl. z. B. §§ 447, 616, 644 BGB.) und nie ohne besondere Gründe[15]).

Unser Gesetz vermittelt also zwischen beiden Auffassungen. Es trägt der Selbständigkeit der beiden Schuldverhältnisse ebensowohl Rechnung, wie ihrer wirthschaftlichen Verbindung auf gemeinsamer Grundlage. Für die Regel ist das periculum obligationis gefallen. Dies ist ein Postulat der Billigkeit. Im Uebrigen werden die Interessen der beiden Parteien zweckmäßig gegeneinander abgewogen. Die Regelung ist je nach der Sachlage

a) eine provisorische für den Fall, daß beide Leistungen noch nicht bewirkt sind (Einrede des nicht erfüllten Vertrags)[16]);

b) eine definitive je nach dem Grund des Ausbleibens der Gegenleistung (eintretende Unmöglichkeit oder Verzug) und nach Maßgabe der Verantwortlichkeit der einen oder anderen Partei[17]).

B. Folgen der Nichtleistung von einer Seite.

§ 169.

1. Einrede des nichterfüllten Vertrages *.

I. Weil aus dem gegenseitigen Vertrag jede Partei verpflichtet ist, so entspricht es der Billigkeit, daß regelmäßig Keiner vom Gegner Leistung fordert, ohne die selbst geschuldete Leistung zu bewirken[1]). Dieser Grundsatz leidet nur dann eine Ausnahme, wenn nach dem Inhalt des Vertrages eine Reihenfolge für die Leistungen festgesetzt ist[2]). Hier versteht sich von selbst, daß die Partei, welche

15) Solche Gründe sind unter Umständen die leichte Realisirbarkeit des Schuldverhältnisses und seine prozessualische Durchführung. Diese Gründe können den Parteien den Anlaß geben, die an sich vorhandene Abhängigkeit der beiden Schuldverhältnisse zu brechen und sie selbständig zu stellen. Z. B. für den Kaufpreis wird ein Wechsel gegeben, oder der eine Theil unterwirft sich für die von ihm zu bewirkende Leistung in öffentl. Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung. S. o. Bd. I § 75 vor u. in Note 11, § 132 Ziff. III.

16) Die Einrede ist eine dilatorische. S. u. § 169.

17) Darüber s. u. §§ 170—172. — Die Gründe der Nichtleistung können auch hier nur die oben §§ 158 ff. besprochenen sein. Wir haben ihre Funktion in gegenseitigen Verträgen zu erörtern.

*) Vgl. André, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1890); Dernburg §§ 93 ff.; Stammler S. 95 ff.; Endemann I § 125; Cosack § 86 Ziff. II; Mathiaß I § 86 Ziff. II; Enneccerus I § 182.

1) Gegen die verwirrende Vermischung unserer Einrede mit dem Zurückbehaltungsrecht s. schon oben Bd. I § 124 Note 10 ff.

2) Sei es zufolge direkter Beredung, oder nach der allgemeinen Natur des Vertrags und der Verkehrssitte. Auch das Gesetz schreibt nicht selten

vorzuleisten hat, dies (unter normalen Verhältnissen) ohne Rücksicht auf den Empfang der Gegenleistung thun muß. Der andere Theil dagegen darf mit seiner Leistung warten bis er die Vorleistung empfangen hat.

1. Ist keine Reihenfolge für die Leistungen festgesetzt, so ist Zug um Zug zu leisten. Doch hat dies nicht den Sinn, daß der, welcher fordert, „Zug- um Zugleistung" fordern, also sich gleichzeitig zur Gegenleistung erbieten müßte[3]). Sondern er kann sein Recht ohne Rücksicht auf das des Gegners geltend machen[4]). Sache des Gegners ist es, zu behaupten, daß er nach Inhalt des Vertrags nur zugleich mit dem Fordernden oder nach ihm zu leisten habe. Bis zur Erfüllung dieser Pflicht kann er die Leistung weigern. Er hat eine Einrede wider die Forderung des Gegners[5]): die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio non adimpleti contractus). §§ 320ff. BGB.[6]).

2. Besonderer Betrachtung bedürfen die Fälle, in denen der Fordernde nicht vollständig geleistet hat[7]) oder sich zu einer Leistung erbietet, die der Gegner mit Recht als dem Vertrage nicht entsprechend beanstandet[8]). Auch hier kann er grundsätzlich die volle Gegenleistung zurückhalten, wenn er das Ungenügende zurückweist. In diesem Fall ist nicht erfüllt und unsere Einrede gegeben. Man nennt sie hier die Einrede der unzulänglichen Erfüllung (exceptio non

---

die Vorleistungspflicht der einen Partei ausdrücklich vor. Z. B. der Miethpreis, Dienstlohn, ist regelmäßig postnumerando zu entrichten.

3) Soweit ging, in Verkennung der richtigen Grenzen des Privatrechtsschutzes und der historischen Entwickelung, das Preuß. A.LR. I Tit. 5 § 27. Doch war die irrige Meinung auch im gemeinen Rechte nicht unvertreten, obschon die exceptio des Beklagten im röm. Recht bezeugt ist. S. u. Note 6. Vgl. darüber Dernburg, Kompensation S. 68; Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 568; André § 5 u. A. Folge der irrigen Auffassung war, daß beim Ausbleiben des Gegners im Prozeß der Kläger kein Versäumnißurtheil auf die Gegenleistung erwirken konnte, falls er nicht vorgeleistet hatte. S. noch unten Note 15 ff.

4) Z. B. der Verkäufer einer Sache klagt nicht auf Austausch von Waare und Preis, sondern einfach auf Preiszahlung.

5) S. o. Bd. I § 36, insbesondere daselbst nach Note 9. — Der im Prozeß ausbleibende Beklagte kann also einfach auf Leistung verurtheilt werden.

6) Sie ist schon bezeugt in l. 13 § 8, l. 25 Dig de A. E. V. 19, 1; l. 5 § 4 Dig. de doli mali exc. 44, 4; l. 5 Cod. de evict. 8, 44 und andere Stellen. Dann wurde die Entwickelung zeitweilig gestört. S. o. Note 3.

7) Aus der Verschiedenheit unserer Einrede von der des Zurückbehaltungsrechts folgt auch (§ 320 Abs. 1 i. f. BGB.), daß die Einrede durch Sicherheitsleistung des Fordernden nicht abgewendet werden kann. S. Bd. I § 124 Noten 11 und 20.

8) Nur muß die richtige Leistung noch möglich sein. S. u. Ziff. 3b. Dann aber ist auch die mangelhafte, dem Vertrage nicht entsprechende Leistung eine unvollständige.

rite adimpleti contractus). Sie ist nur eine Spielart der Einrede des nicht erfüllten Vertrages und folgt deren Grundsätzen[9]). Auch wegen angeblicher Geringfügigkeit des Fehlenden kann keine Ausnahme gemacht werden, — ist also die Zurückhaltung der vollen Gegenleistung berechtigt[10]).

a) Besonders deutlich kommt dies zum Ausdruck, wenn der Fordernde Mitgläubiger hat. Hier kann er den auf ihn entfallenden Antheil der Forderung nur beitreiben, wenn er die ganze Gegenleistung bewirkt, mag auch das Schuldverhältniß nach § 420 BGB. in Quoten zerfallen[11]). Der Gegner soll darunter nicht leiden. Er darf die ihm abgeforderte Theilleistung verweigern, bis die ganze Gegenleistung bewirkt wird. § 320 Abs. 1 S. 2[12]). Gleichgültig, ob der Fordernde seine Genossen dazu zu bewegen im Stande ist. Es bleibt ihm anheimgestellt, die ganze Gegenleistung vorzuschießen.

b) Dagegen kann der Schuldner eine quantitativ vollständige aber mangelhafte Leistung nicht immer als Nichterfüllung behandeln. Er kann es nicht, wenn die Verpflichtung des Fordernden auf Leistung eines Sachindividuums geht und dieses (mit Mängeln) geliefert wird. Hier hat der Gegner nach Befinden selbständige Rechte: die sog. Gewährleistungsansprüche und Gewährleistungseinreden (§§ 459 ff., 478 BGB.), die von der Einrede des nichterfüllten Vertrages sehr verschieden sind[13]). Ebenso darf er auch bei geschuldeten Gattungssachen die mangelhafte Leistung als Erfüllung behandeln und auf Grund dessen jene Rechte wahlweise mit der Einrede des nichterfüllten Vertrages geltend machen (§ 480 eod.)[14]).

---

9) Selbstredend muß der Gegner, der die Qualität der Leistung beanstandet, im Allgemeinen sagen, warum? Die Beweislast wird dadurch nicht berührt. Ueber letztere s. u. 3a u. Ziff. II.

10) Die Frage freilich, ob etwas fehlt, ist hier wie überall nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (oben § 142), also nicht rein buchstäblich oder formalistisch zu beantworten. In diesem Sinne kann die exceptio non adimpleti contractus durch eine replicatio doli (s. o. Bd. I § 36 zu Note 13 ff. und § 126 Ziff. III) zurückgeschlagen werden. Ebenso kann das allgemeine Chikaneverbot eingreifen. — Nach erfolgter theilweiser Erfüllung s. u. Ziff. II.

11) S. darüber unten § 206.

12) Ebenso wird von mehreren Schuldnern, falls sie nicht solidarisch haften (was hier nach § 427 BGB. allerdings häufig zutrifft), jeder die Leistung seines Antheils verweigern dürfen, solange nicht allen Mitschuldnern ihre bezüglichen Antheile an der Gegenleistung gewährt werden u. s. w. S. Schollmeyer § 320 Note 2.

13) Insbesondere ist zu beachten, daß nach § 459 BGB. verhältnißmäßig unerhebliche Mängel nicht in Betracht kommen.

14) Vgl. schon Entsch. d. ROHG. Bd. 5 S. 399, Bd. 7 S. 113. Allerdings kann in der Leistung einer mangelhaften Sache unter Umständen auch eine

3. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags hat manche Eigenthümlichkeiten, die sich aus der vorliegenden Situation erklären.

a) Vor Allem hat der beklagte Schuldner sie nicht zu beweisen[15]). Es wird nämlich das Fundament dieser Einrede durch das Vorbringen des Klägers selbst zugestanden. Denn indem dieser sich zur Begründung seines Anspruchs auf einen gegenseitigen Vertrag beruft, bekennt er seine eigene Verpflichtung zur Zug- um Zugleistung, und es ist seine Sache, die Gründe darzuthun, aus denen er nicht zu leisten braucht[16]): sei es, daß er schon geleistet hat oder daß der Gegner vorzuleisten verpflichtet ist[17]).

b) Die Einrede des nichterfüllten Vertrags ist eine blos aufschiebende Einrede[18]). Sie regelt das Verhältniß der Parteien nur provisorisch, indem sie Jeden davor schützt, zuerst leisten zu müssen — was selbstverständlich voraussetzt, daß er noch leisten kann. Sobald durch die eintretende Unmöglichkeit der einen Leistung ein Definitivum geschaffen ist, entfällt diese Einrede[19]). Aehnlich kann auch der nichtsäumige Theil dadurch, daß er den Gegner in Verzug setzt, der Sache eine Ende machen und daraus endgültige Folgen ziehen[20]).

Der provisorische Charakter der Einrede zeigt sich auch in der Art, wie sie im Prozesse wirkt. Sie führt nämlich nicht zur völligen Abweisung der Klage, sondern nur zur Verurtheilung des Beklagten Zug um Zug gegen die ihm gebührende Gegenleistung. Das Urtheil kann der Kläger demnächst nur vollstrecken, in-

---

Nichterfüllung liegen, z. B. wenn die Abwesenheit des Mangels vom Verkäufer besonders zugesichert war. S. u. § 220 Ziff. 2. Dann hat der Käufer bei der Lieferung auch die gewöhnlichen Rechte.

15) Auch hierdurch kam es, daß ihre Eigenschaft als Einrede zeitweise verkannt wurde. S. o. Note 3. Man faßte sie auf als Leugnung des Klagegrundes. Dies ist aber zweifellos irrig. Klagegrund ist der Konsens der Parteien: der abgeschlossene Vertrag. Die Behauptung des Beklagten, daß der Kläger noch nicht erfüllt habe, ist daher keine Ableugnung des Klagegrundes. — Der Satz des Textes stand im I. Entwurf (§ 360); er wurde aus dem Gesetz als überflüssig gestrichen.

16) Diese Beweise liegen ihm replicando ob.

17) Ebenso hat, wenn Beklagter die angebotene Leistung als unrichtig oder unzulänglich beanstandet und deshalb nicht annehmen will, der Kläger darzuthun, daß er nicht mehr oder nichts anderes zu leisten verpflichtet sei (also auf die exceptio non rite adimpleti contractus hin).

18) S. auch § 202 Abs. 2 BGB. und oben Bd. I § 36. — Daraus folgt z. B.: wer in dem falschen Glauben leistete, daß die Gegenleistung bereits erfolgt sei, kann das Geleistete nicht zurückfordern. Vgl. schon l. 51 Dig. de cond. indebiti 12, 6 und heute § 813 BGB.

19) Vgl. Regelsberger in Ihering's Jahrb. Bd. 40 S. 249 bes. S. 261 ff. u. Cit.

20) S. darüber unten § 171.

dem er die Gegenleistung anbietet[21]). Geräth der Gegner dann mit der Annahme in Verzug[22]), so ist die Zwangsvollstreckung ohne Rücksicht auf die Annahme fortzusetzen. § 322 Abs. 1 u. 3 BGB.; §§ 756, 765 CPO.

c) Hiermit ist zugleich ausgesprochen, daß die Vorschützung der Einrede auch im Annahmeverzug gestattet ist[23]). Beklagter wird auch hier nur „gegen Empfang" verurtheilt, und es fragt sich, ob er in der Zwangsvollstreckung bei der Nichtannahme verharrt[24]). Die Mehrkosten hat er natürlich zu tragen[25]).

4. Ist eine Reihenfolge für die gegenseitigen Leistungen bestimmt, so steht unsere Einrede nur dem zu, der nach dem Inhalt des Vertrages zuletzt zu leisten hat. Diesem aber ganz in der obigen Weise. — Indessen wird ein ähnlicher Rechtsbehelf wenigstens in zwei Fällen auch dem Vorleistungspflichtigen zugestanden, nämlich

a) wenn er die Vorleistung wegen Annahmeverzugs des Gegners nicht hat bewirken können. In diesem Fall ist er nicht weiter zur Vorleistung verpflichtet, sondern kann Zug um Zug auf die Gegenleistung klagen[26]). § 322 Abs. 2 BGB.[27]).

b) Tritt nach Abschluß des Vertrags auf Seiten desjenigen, der zur Nachleistung verpflichtet ist, eine derartige Vermögensverschlechterung ein, daß der Anspruch des Gegners auf die Leistung gefährdet erscheint[28]), so darf dieser die Vorleistung einbehalten, bis Zug

---

21) So wie sie im Urtheil bezeichnet ist.

22) Nach den Grundsätzen § 163 oben.

23) Man pflegte ehemals den allgemeinen Satz aufzustellen, daß der Annahmeverzug des einen Theils im gegenseitigen Vertrage die Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung derart löse, daß der Anspruch des nichtsäumigen Theiles frei wird. Nach eingetretener Unmöglichkeit der Gegenleistung gilt dieser Satz noch heute. S. § 324 Abs. 2 BGB. und unten § 170 Note 30. — Die für den vorwürfigen Fall getroffene Regelung führt erst in der Zwangsvollstreckung zum gleichen Resultate. S. übrigens noch unten Ziff. 4a.

24) Diesenfalls kann die Beitreibung der Gegenleistung ohne Rücksicht auf die Annahme erfolgen.

25) André a. a. O. S. 140.

26) Also nach Ziff. 3 Note 21—24 verfahren.

27) Er kann allerdings nicht schlechthin Leistung (s. o. Note 4), sondern nur „Leistung nach Empfang der Gegenleistung" beantragen (§ 322 Abs. 2 BGB.), und wird gut thun, sich in der Klage so auszudrücken (obschon falsche Bezeichnung wohl nicht schadet: s. auch Schollmeyer § 322 Note 2). Aber der Sache nach verfährt er wie oben, d. h. vollstreckt nach Erlangung des cit. Urtheils unter Angebot der Gegenleistung, und, wenn das Angebot ohne Erfolg bleibt, ohne Weiteres.

28) Die Vermögensverschlechterung muß nach dem Vertragsschluß eingetreten und für eine Gefährdung der Gegenleistung kausal sein. Ein Verschulden braucht dem Gegner in keiner Hinsicht zur Last zu fallen.

um Zug die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit dafür gestellt wird. § 321 BGB.[29]). Hier hat also auch der Vorleistungspflichtige die Einrede, doch ist sie durch Sicherheitsleistung abwendbar[30]). Wegen nicht vermögensrechtlicher Gefährdung der Nachleistung besteht kein Weigerungsrecht[31]).

II. Soweit die Einrede des nichterfüllten Vertrages hiernach überhaupt Platz greift, wird sie nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner eine unzureichende oder dem Vertrage nicht entsprechende[32]) Gegenleistung als Erfüllung angenommen hat[33]). Vielmehr kann er sich auch noch ferner seiner Leistung weigern; denn es ist nicht gehörig erfüllt. Jedoch mit folgenden Beschränkungen[34]):

1. Es muß jetzt der beklagte Schuldner den Beweis der Unzulänglichkeit der Gegenleistung führen. Denn indem er sie ohne Vorbehalt annahm, hat er sie als Erfüllung anerkannt. § 363 BGB.

2. Ergibt dieser Beweis eine so geringfügige Abweichung des Geleisteten von dem Geschuldeten, daß die Zurückhaltung der Gegenleistung wider Treu und Glauben verstoßen würde, so darf sie nicht stattfinden[35]). § 320 Abs. 2.

---

29) Es handelt sich um eine Sicherungsmaßregel eigener Art für betagte oder bedingte Forderungen. So auch Regelsberger in Ihering's Jahrb. Bd. 40 S. 451 ff. Daselbst ist angegeben, was das bisherige Recht in dieser Beziehung bot. Auf demselben Gedanken beruhen viele neuere Rechtsvorschriften. Der Schuldner, der durch sein Verhalten die für die kreditirte Leistung bestehende vermögensrechtliche Sicherheit vermindert, kann den Vortheil der Zeitbestimmung nicht weiter in Anspruch nehmen; denn es versteht sich von selbst, daß man nur einem solventen Schuldner kreditirt. Vgl. §§ 610, 1133 BGB.; § 65 KO.

30) Denn dann fällt der spezielle Grund der Einrede in diesem Falle hinweg, da sie selbst nur eine besondere Sicherung des Vorleistungspflichtigen bezweckt. Die Sicherheit kann von jeder der oben Bd. I § 134 bezeichneten Art sein.

31) Z. B. bei Dienstleistungen, die durch eine Krankheit 2c. des Dienstpflichtigen gefährdet werden. — Dagegen ist die Einrede begründet, wenn der an Stelle einer geschuldeten Handlung eventuell zu leistende Gelderſatz durch schlechte Vermögenslage des Schuldners gefährdet wird.

32) Immer vorausgesetzt, daß richtige Lieferung noch möglich ist. S. schon oben Bd. I Ziff. 2 u. 3b, über die exceptio non rite adimpleti contractus. Zustimmend Dernburg § 94 zu Note 4, Planck § 320 Note 4, Schollmeyer Note 3, Oertmann Note 7b u. A. A. M. Cosack § 86 zu Note 7.

33) Ob dies geschehen ist, ist Thatfrage. Z. B. es ist nicht stets der Fall beim Empfang zugesendeter Waaren ohne Billigung derselben; wohl aber beim Empfang einer Geldrolle, die einen gewissen Inhalt haben soll.

34) Kein Ausschlußgrund ist der Ablauf einer gewissen Zeit zwischen der Annahme und der Erhebung der Einrede (soweit darin kein Verzicht zu finden ist). Eine prompte Mängelrüge wird nur im Handelsrecht verlangt.

35) Also es entfällt in diesem Falle die Einrede. Ob die Voraussetzung des Textes zutrifft, ist Sache der richterlichen Beurtheilung im Einzelfalle. Z. B. am gebauten Hause fehlt noch eine Verzierung. Anders wenn an dem gekauften Geldschrank die Schlüssel fehlen. — Trotz Wegfalls der Einrede bleiben die

3. Endlich versteht sich von selbst, daß in der freiwilligen Annahme einer Theilleistung unter Umständen die Einwilligung des Annehmenden in eine Theilung des Schuldverhältnisses zum Ausdruck kommen kann[36]). In diesem Fall entfällt das Weigerungsrecht der Gegenleistung für die angenommenen Partieen[37]).

§ 170.

2. Eintretende Unmöglichkeit der einen Leistung und gleichstehende Fälle*.

I. Wird bei einem gegenseitigen Vertrage die der einen Partei obliegende Leistung nachträglich unmöglich[1]), so fragt sich vor Allem wie es mit der Gegenleistung steht? Und zwar definitiv steht; denn das provisorische Weigerungsrecht der Einrede des nichterfüllten Vertrages (oben § 169) bringt das Verhältniß der Parteien nicht zu Ende. Auch gibt es Fälle, in denen diese Einrede versagt[2]). Oder die andere Partei hat ihre Gegenleistung bereits gemacht, und es ergibt sich nunmehr, daß der Gegner seine Leistung nicht mehr bewirken kann. Wird hier auch die andere Partei von ihrer Verpflichtung frei, und darf sie die bereits gemachte Gegenleistung zurückfordern?

Die Frage ist nicht einheitlich zu beantworten. Vielmehr hängt es, wie überall in dieser Lehre, davon ab, aus welchem Grunde die Unmöglichkeit der Leistung eintritt, insbesondere ob aus einem Umstand, den die eine oder andere Partei zu vertreten hat[3]).

Zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit ist nach Anleitung des § 275 Abs. 2 BGB. auch hier nicht zu unterscheiden.

1. Ist die Unmöglichkeit in Folge eines Umstands eingetreten, den keine Partei zu vertreten hat[4]), so ist der Schuldner

---

Rechte aus der Vertragsverletzung im Uebrigen bestehen, z. B. kann bei fahrlässiger Nichtlieferung des Restes Schadensersatz verlangt werden.

36) Auch dies ist aus den Umständen des Falles zu beurtheilen. Z. B. bei Annahme von 20 Sack Roggen, wo 30 gekauft sind. Anders bei Annahme eines Bandes eines mehrbändigen Werkes.

37) Z. B. im Fall der vorigen Note sind die angenommenen 20 Sack zu zahlen.

*) S. die Litteratur zu § 158. Martinius, Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 50. Dernburg §§ 95—96; Cosack §§ 99, 100 Ziff. 3; Mathiaß I § 86 Ziff. II; Enneccerus § 193.

1) D. h. nach dem Vertragsschluß. S. o. § 158.

2) Z. B. wenn der andere Theil vorzuleisten hat und die Einrede hier nicht ausnahmsweise (oben § 169 Bd. I Ziff. 4) dennoch gegeben ist.

3) Ueber die nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zu vertretenden Umstände s. im Allgemeinen oben § 157.

4) Vgl. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 132, 134 ff.; Titze, Unmöglichkeit S. 163; Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen S. 36 ff.

der unmöglich gewordenen Leistung befreit — das betreffende Schuldverhältniß also erloschen[5]). Aus dem Prinzip der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung folgert das Gesetz hier mit Recht, daß der Befreite auch den Anspruch auf die Gegenleistung verliert. § 323 Abs. 1 BGB.[6]). Der auf die Gegenleistung Belangte muß auch hier seine Befreiung darthun[7]). Dazu genügt aber der Nachweis der Unmöglichkeit der Gegenleistung[8]). Sache des Klägers ist es, zu behaupten, daß diese Unmöglichkeit keine Befreiung des Gegners zur Folge gehabt habe[9]).

Ist die Unmöglichkeit der einen Leistung nur eine theilweise, so wird auch die Gegenleistung nur in demselben Verhältnisse herabgesetzt als der andere Theil durch die Unmöglichkeit befreit ist. § 323 Abs. 1 i. f.[10]). Und zwar (arg. §§ 472 ff.) nach dem Verhältniß des Werths der ganzen Leistung zum Werth des jetzt noch möglichen Theils — bemessen nach der Zeit des Vertragsschlusses[11]). Ist die Gegenleistung untheilbar, so ist sie ganz zu bewirken, daneben aber in Geld zu schätzen, und die entsprechende Quote des Schätzungswerths[12]) dem Leistenden zurückzuzahlen[13]). Ebenso bei geschuldeten Dienstleistungen ꝛc. Mehrere für einen Gesammtpreis versprochene Dinge werden wie eine Gesammtleistung betrachtet[14]). Die Schätzung hat nöthigenfalls vom Gericht nach freiem Ermessen zu erfolgen. § 286 CPO.[15]). — Auch hier hat, wer die Minderung seiner Leistung

5) Arg. § 275 BGB. Oben § 158 Ziff. 1a.

6) Prinzip des Ausschlusses der sog. periculum obligationis. S. über die Gefahrtragung oben § 168 Note 13 ff. Also für die zufällig untergegangene und deshalb nicht zu liefernde Sache ist auch kein Kaufpreis zu bezahlen. S. übrigens § 447 BGB.

7) Vgl. o. Bd. I § 127 zu Note 16. Die im Text angegebene Vertheilung der Beweislast ergibt sich aus logischen Gründen. Sie wird durch die Geschichte des Gesetzes bestätigt. Vgl. Kisch S. 40, Dernburg § 96 Note 1, Enneccerus § 193 Ziff. III, Planck, Oertmann zu § 323 gegen Schollmeyer eod. Note 3.

8) Vielfach ergibt sich dann schon aus dem Sachverhalt, ob die Unmöglichkeit zu vertreten ist, oder nicht.

9) D. h. daß einer der unten besprochenen Fälle vorliege. S. Ziff. 2 ff.

10) Vgl. Kisch a. a. O. S. 168 ff. u. Cit., Titze S. 169.

11) Z. B. wenn der Unfall den Werth der halben Leistung (bemessen nach der Zeit des Vertragsschlusses) vernichtet hat, so ist auch die Gegenleistung nur zur Hälfte zu bewirken (der halbe Preis zu zahlen).

12) Welche in Folge der Untheilbarkeit zuviel geleistet ist.

13) Arg. § 473 S. 2 BGB. Z. B. die Gegenleistung besteht in einem Thiere. Dasselbe ist (nach der Zeit des Vertragsschlusses) zu schätzen: dann ganz zu liefern und (im Falle des vorigen Beispiels) der halbe Schätzungswerth zurückzuzahlen.

14) Arg. § 472 Abs. 2. Kisch S. 172.

15) Ueber die Frage der Anwendbarkeit des § 287 CPO. vgl. Entsch. d. RG. Bd. 8 S. 224, anderseits die bemerkenswerthen Ausführungen von Regelsberger, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 40 S. 270 ff., Kisch S. 179.

behauptet, den betreffenden Beweis zu erbringen[16]) z. B. die Werthminderung des noch vorhandenen Theils der Leistung darzuthun.

a) Wenn der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung von Dritten für den Gegenstand einen Ersatz erhält oder zu beanspruchen hat, so vertritt dieser auch in vorliegender Beziehung die untergegangene Leistung, wenn die Gegenpartei auf der Ablieferung des Surrogates besteht[17]). Das Surrogat gilt als die Leistung selbst — eventuell als Theilleistung[18]). Es ist also dann auch die Gegenleistung ganz oder zum Theil zu bewirken[19]). § 323 Abs. 2.

b) Die Grundsätze über die Befreiung des Gegners greifen Platz, mag er die Gegenleistung schon bewirkt haben oder nicht. Hat er bereits geleistet, so besteht ein Rückforderungsrecht[20]) — sei es des ganzen oder des zuviel Geleisteten. Immerhin darf dieser Anspruch nicht zu hoch gespannt werden, da auch der Empfänger sich nichts vorzuwerfen hat[21]). Nur eine grundlose Bereicherung des Empfängers ist eingetreten[22]). Er hat daher das Empfangene auch nur nach den Grundsätzen der Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (im noch vorhandenen Umfang) herauszugeben[23]). § 323 Abs. 3 BGB.

2. Wenn die Unmöglichkeit der einen Leistung auf einem Umstande beruht, welcher nicht an dem Leistenden selbst, sondern an dessen Gegner: dem Empfänger (Gläubiger) dieser Leistung liegt[24]), so tritt eine Befreiung des letzteren von seiner Gegenleistung nicht ein. Sonst könnte sich Jeder vom Vertrage losmachen, indem er die Gegenleistung verhindert[25]). Vielmehr wird hier nur der schuld-

16) Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 272 ff., Kisch S. 181 ff. und die Kommentatoren des § 323 BGB.

17) Titze S. 167 ff., Kisch S. 217. Vgl. über das Recht des Gläubigers zum Verlangen des Surrogates, § 281 BGB. u. oben § 158 Ziff. 5. — Verlangt er es nicht, so kommt es nicht in Betracht.

18) Nämlich, wenn es hinter dem Werth der Leistung zur Zeit des Vertragsschlusses zurückbleibt.

19) Z. B. beträgt die Versicherungssumme für den untergegangenen Leistungsgegenstand nur dessen halben Werth, so ist auch die Gegenleistung nur zur Hälfte zu bewirken.

20) Kisch S. 51 ff.

21) Vgl. die Voraussetzungen Ziff. 1 zu Anfang. Der Leistende hat also keinen Anspruch auf Ersatz seines Interesses und überhaupt von Allem, was er seinerseits geleistet hat.

22) Ueber diesen Begriff s. schon oben Bd. I § 75 Ziff. 2. Wegen der Rückgabe s. u. §§ 317 ff.

23) Es handelt sich um eine sog. condictio ex causa finita (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Denn ursprünglich war der Leistende verpflichtet. — Wegen des Umfangs der Verpflichtung s. einstweilen § 818 BGB.

24) S. darüber Kleineidam S. 139, Titze S. 180, Kisch S. 72 ff.

25) Wegen des Beweises s. noch Titze S. 182, Kisch S. 81 und oben Note 9.

lose Theil befreit[26]); der andere bleibt zu seiner vollen Leistung verpflichtet[27]). Dies tritt ein

a) wenn die Unmöglichkeit der einen Leistung in Folge eines vom Gegner zu vertretenden Umstandes[28]) herbeigeführt worden ist[29]). § 324 Abs. 1;

b) wenn die Unmöglichkeit zu einer Zeit eintrat, als sich der andere Theil hinsichtlich der Gegenleistung im Annahmeverzug befand[30]). § 324 Abs. 2. —

In allen diesen Fällen kann also die befreite Partei, obschon sie selbst nicht leistet[31]), die Gegenleistung fordern. Nur muß sie sich darauf die Vortheile abrechnen lassen, die ihr aus der eigenen Befreiung erwachsen[32]). Vgl. § 324 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2 BGB. Indeß nur wirklich gemachte Vortheile[33]) sind abzugsfähig (also Ersparnisse und durch anderweitige Verwendung der Arbeitskraft gemachter Erwerb); dagegen nicht Vortheile, die der Befreite sich durch sorgfältige Ausnutzung der Freizeit hätte verschaffen können. Für Abrechnung der letzteren fehlt es an einem zureichenden Grunde. Der Anspruch des Befreiten ist kein Entschädigungsanspruch, auf den die sog. Verschuldungsaufrechnung[34]) zur Anwendung zu bringen wäre;

26) Wiederum nach § 275 BGB.

27) Bei Mitbetheiligung des Schuldners an der Unmöglichkeit, s. Kisch S. 95. — Wird die Gegenleistung des Gläubigers, der die Unmöglichkeit verschuldet hatte, nachträglich ihrerseits unmöglich, so erlischt auch hierdurch das Schuldverhältniß nicht.

28) Also insbesondere durch sein Verschulden.

29) Z. B. er hat den Stall oder das Waarenlager, in dem sich die zu liefernden Gegenstände befanden, vorsätzlich oder fahrlässig in Brand gesetzt. — Ob das Verhalten sonstige Folgen, insbesondere die Verpflichtung zu Schadensersatz nach sich zieht, ist hier gleichgültig. Es handelt sich nur um die Verpflichtung zur Gegenleistung. Der Preis ist grundsätzlich zu bezahlen.

30) Der Annahmeverzug ist kein vom Gläubiger zu vertretender Umstand. S. o. § 163. Auch hier liegt es aber am Gläubiger, daß die Gegenleistung nicht hat geschehen können. Durch den Annahmeverzug wird die Gefahr der unmöglich gewordenen Leistung (vgl. § 164 Ziff. 2) auf den Gläubiger derselben übertragen. Dieser hat folglich die Gegenleistung zu bewirken, obschon er nichts mehr erhält. Z. B. er hat den Preis zu zahlen, wenn das gekaufte Vieh während des Annahmeverzugs im Stalle des Verkäufers von einer Seuche ergriffen und verendet ist.

31) Resp. soweit sie wegen theilweiser Unmöglichkeit von ihrer Leistung befreit ist. In dieser Richtung ist hier kein Unterschied zu machen.

32) Denn sie soll auch auf diese Art nicht Doppeltes erhalten. S. o. § 151 zu Note 67. Z. B. die aufzubewahrenden Thiere sind, weil sie gefallen sind, nicht weiter zu füttern, — für den sistirten Bau sind keine weiteren Materialien erforderlich, — der Bauherr oder sonst zurückgeschickte Arbeiter kann seine freie Zeit benützen und anderwärts etwas verdienen.

33) Ueber den Fall, daß der Schuldner in Folge des Umstands, der die Leistung unmöglich macht, von anderer Seite einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt (§ 281 BGB.), s. Kisch S. 94.

34) S. o. Bd. I § 111.

sondern er geht einfach auf die bedungene Gegenleistung[35]). Abrechnen läßt sich von dieser nur, was der andere Theil wirklich erhielt[36]). Daher muß auch der Gegenleistungspflichtige dem Befreiten beweisen, wieviel durch die Ersparniß resp. anderweitige Beschäftigung von der bedungenen Gegenleistung abgeht. Nur ein böswillig nicht gemachter Gewinn wird wie ein gemachter behandelt — ist also dem Befreiten gleichfalls anzurechnen[37]).

3. Beruht die Unmöglichkeit der einen Leistung auf einem Umstande, welchen die leistungspflichtige Partei selbst zu vertreten hat[38]), so wird sie überhaupt von ihrer Verbindlichkeit nicht frei (oben § 158), sondern der Gegner hat[39])

a) zweifellos das Recht, Schadensersatz zu fordern[40]), wofür er dann auch die Gegenleistung zu bewirken hat[41]).

War die andere Leistung nur theilweise unmöglich geworden, so beschränkt sich die Schadensersatzpflicht zunächst auf den unmöglich gewordenen Theil[42]). Der Gegner darf aber den Rest ablehnen, wenn dieser kein Interesse für ihn hat, und Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung fordern[43]). § 325 Abs. 1 S. 2.

---

35) Wegen etwaigen sonstigen Schadens des Schuldners s. Kisch S. 83 ff.

36) Vgl. Kohler in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 368; v. Petrażycki, Einkommen II S. 336 ff.; Kisch S. 89 ff.

37) § 324 Abs. 1 i. f. Das Prinzip kehrt in zahlreichen Anwendungsfällen wieder (vgl. §§ 615, 649 BGB.). Es ist kein Bruch der Rechtskonsequenz (wie Petrażycki a. a. O. S. 341 ff. vermeint), sondern eine natürliche Folge des allgemeinen Prinzips von Treu und Glauben, welches die Rechtsordnung beherrscht. Könnte der von einer Arbeitsleistung Befreite böswillig während der Freizeit faullenzen gehen, so wäre dies geradezu unleidlich. Er darf also eine ihm angetragene passende Arbeit nicht einfach von der Hand weisen, weil er doch seine Zeit bezahlt erhält. Dagegen braucht er sich weder um andere Beschäftigung besonders zu bemühen, noch jede Art von Arbeit anzunehmen. Es ist nach den Umständen zu beurtheilen, ob er durch die Ausschlagung dolos handelt.

38) S. über diesen Fall Kleineidam S. 143, Titze S. 183, Kisch S. 96 ff.

39) Wegen des Beweises s. Kisch S. 106, Titze S. 186.

40) Bezw. das Surrogat des untergegangenen Leistungsgegenstandes und Schadensersatz nur für den etwaigen Rest (nach allgemeinen Grundsätzen). S. § 281 BGB. u. oben § 158 Ziff. 5. S. noch Kisch S. 122 ff. u. unten Ziff. II. Ferner Schöller, Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 44 S. 603.

41) Das Recht auf Schadensersatz wurzelt im Vertrage, dessen Inhalt also auch im Uebrigen fortbestehen bleibt. Das Gegentheil: nämlich daß die Gegenleistung gar nicht bewirkt zu werden brauche (sondern am Schadensersatz abgehe), nimmt Cosack (I § 99 Ziff. 2a) an. Zu begründen vermag er dies nicht. Ob in concreto Aufrechnung stattfinden kann (s. u. §§ 191 ff.), ist eine andere Frage.

42) Nach allgemeinen Grundsätzen, s. o. § 158 Ziff. 4.

43) Nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 BGB. u. § 158 a. a. O. Dort auch über die eventuelle Rückgabe des bereits Empfangenen (Zug um Zug gegen Bewirkung der Ersatzleistung). Vgl. Kisch S. 183 ff., Titze S. 186 ff.

α. Wählt er aber in Kenntniß seiner Rechte, so ist weitere Frage, ob die Wahl bindet. Man hat dies arg. § 263 bejaht[61]); aber die hier vorliegenden Alternativen sind nicht die eines Wahlschuldverhältnisses. Sie sind überhaupt von sehr verschiedener Bedeutung.

Das Verlangen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung macht den (durch das Verhalten des Gegners modifizirten) Vertragsinhalt geltend. In diesem Verlangen liegt daher keineswegs eine endgültige Wahl, vielmehr nur Geltendmachung der gewöhnlichen Vertragsrechte. Der Gläubiger wird daher regelmäßig noch zu den anderen Alternativen übergehen können, soweit dies nicht aus einem besonderen Grunde wider Treu und Glauben verstößt. Erst das rechtskräftige Urtheil setzt dem ein Ziel.

Die Rechte sub b und c dagegen sind besondere gesetzliche Rechte des Gläubigers (nicht einmal Ansprüche). Von ihnen ist der erklärte Rücktritt, soweit er nicht in sich unwirksam ist[62]), jedenfalls bindend, da er an Stelle des ursprünglichen Verhältnisses die gegenseitigen Restitutionsansprüche (§ 346 BGB.) setzt. Hiermit entfallen alle anderen Rechte. Dagegen läßt die Erklärung, von den Rechten des § 323 Gebrauch machen zu wollen, für sich allein noch die genügende Bestimmtheit vermissen, um einen Definitiveffekt herbeizuführen. Letzterer tritt erst dann ein, wenn der Gläubiger auf die Surrogatleistung verzichtet. Denn dann ist der Vertrag (ganz oder pro parte) aufgelöst. Soweit Gegenleistung resp. das dieselbe vertretende Surrogat gefordert wird, wird wieder nur der (sekundäre) Vertragsinhalt geltend gemacht. Dieses Verlangen führt also eine Konzentration der Rechte des Gläubigers sowenig herbei, wie oben das Verlangen des Schadensersatzes. Anders nur, wenn die Ausübung des Variationsrechts im besonderen Falle gegen Treu und Glauben verstoßen würde[63]).

β. Auf der anderen Seite kann der Gegner den Wahlberechtigten mittelbar[64]) zu einer bindenden Entscheidung nöthigen. Sowohl

61) S. o. Kisch S. 158 ff. u. Cit., der übrigens den § 263 nicht ausdrücklich nennt.

62) Aus allgemeinen Gründen Bd. I § 80 ff., z. B. wegen Betrugs, Zwangs, Irrthums, oder weil der Rücktritt nach §§ 351—354 BGB. ausgeschlossen ist oder unwirksam wird. S. u. § 175, o. § 158 Note 36 ff.

63) Dagegen hat der Gläubiger z. B. guten Grund, noch nachträglich vom Vertrage zurückzutreten, wenn Schadensersatz oder die Surrogatleistung vom Gegner wegen veränderter Vermögensumstände nicht mehr oder nur mit großen Schwierigkeiten zu erlangen sind. Das beste Schutzmittel für den Gläubiger besteht hier in Rettung der eigenen Leistung durch Rücktritt vom Vertrage.

64) Nicht unmittelbar. Vgl. aber Kisch S. 156.

wenn dieser gar nicht wählt, als um die nachtheiligen Folgen des Variationsrechts auszuschließen.

Zunächst kann er das besonders einschneidende Rücktrittsrecht dadurch definitiv ausschließen, daß er dem Wahlberechtigten nach § 355 BGB. zur Ausübung desselben eine angemessene Frist bestimmt[65]). Mit unbenutztem Ablauf der Frist ist dann das Rücktrittsrecht erloschen.

Abgesehen davon kann der Gegner Klarheit erlangen, indem er den Wahlberechtigten auf die Gegenleistung verklagt. Dieser muß dann, um der Verurtheilung zu entgehen, eines der obigen Rechte geltend machen, und der Abschluß des Prozesses führt jedenfalls die Endgültigkeit der getroffenen Entscheidung herbei[66]).

II. Schließlich sind hier noch die Fälle zu berücksichtigen, in denen eine an sich mögliche Leistung als unmöglich behandelt wird[67]).

1. Ist die verspätete Erfüllung nach Inhalt des Schuldverhältnisses überhaupt keine Erfüllung mehr, so gelten schlechthin die obigen Grundsätze; die Leistung ist hier in der That unmöglich[68]).

2. Hat der Gegner das Recht, die verspätete Leistung nach Anleitung des § 361 BGB. zurückzuweisen, so kommen, wenn er davon Gebrauch macht, die Regeln des bedungenen Rücktrittsrechts zur Anwendung[69]). Der Gegner kann jedoch auch bei dem Vertrage stehen bleiben und nur die Konsequenzen der Verspätung ziehen. Wir behandeln diese verschiedenen Möglichkeiten daher erst unten (§ 172) im Zusammenhang.

3. Im Uebrigen sahen wir, daß jede Leistung zurückgewiesen werden kann, wenn der Schuldner zu ihrer Vornahme rechtskräftig verurtheilt ist. § 283 BGB. Hatte der Kläger hiernach dem verurtheilten Gegner eine Präklusivfrist zur Leistung gesetzt und ist diese Frist verstrichen, so kann nicht mehr Erfüllung verlangt werden, vielmehr hat der andere Vertragstheil lediglich die Rechte aus

65) Ueber das Detail s. schon oben § 158 zu Note 39 ff. und unten § 175. Vgl. Kisch S. 154.

66) Auch wenn sie (nach lit. α) durch den erklärten Entschluß noch nicht allein einträte, wie z. B. bei dem Verlangen des Schadensersatzes.

67) Die betreffenden Fälle sind oben § 159 zusammengestellt.

68) Es sind schlechthin die obigen Regeln I Ziff. 1, 2 oder 3 anwendbar, je nachdem keine oder eine der beiden Parteien diese Verzögerung der Leistung zu vertreten hat.

69) S. u. §§ 174 ff.

einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leiſtung[70]). § 325 Abſ. 2. Der Kläger kann alſo entweder Schadenserſatz wegen Nichterfüllung fordern[71]) oder vom Vertrage zurücktreten. Iſt die Leiſtung vor Ablauf der Friſt nur theilweiſe erfolgt, ſo hat der Kläger die Rechte aus theilweiſer Unmöglichkeit[72]). — Nur für den Fall, daß der rechtskräftig verurtheilte Gegner ſeine Nichtleiſtung nicht zu vertreten hat[73]), gelten Beſonderheiten. Nämlich:

a) Schadenserſatz wegen Nichterfüllung iſt ausgeſchloſſen, wenn die Leiſtung nach rechtskräftigem Urtheil[74]) durch einen vom verurtheilten Schuldner nicht zu vertretenden Umſtand unmöglich geworden iſt. § 283 Abſ. 1 i. f.

b) Wählt der Kläger den Rücktritt vom Vertrage, ſo kann er ſeine eigene Leiſtung, wenn der Gegner für die Nichterfüllung nicht verantwortlich iſt, nur nach den Vorſchriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern. § 327 Satz 2[75]).

§ 171.

3. Leiſtungsverzug der einen Partei*.

1. Wenn die eine Partei in Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten ſäumig und dieſerhalb von der anderen in Verzug geſetzt iſt, ſo treten die oben § 162 beſprochenen Rechtsfolgen ein. Der nichtſäumige Theil kann alſo auf gehörige Nachholung der Leiſtung dringen und Schadenserſatz wegen der Verſpätung fordern, wofür er dann ſelbſtverſtändlich auch ſeine eigene Leiſtung bewirken muß[1]). Dies ergibt ſich aus allgemeinen Grundſätzen. Ebenſo daß der nichtſäumige Theil (unter im Uebrigen gleichen Bedingungen) die nachgeholte Leiſtung zurückweiſen und Schadenserſatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn die Leiſtung in Folge des Verzuges kein Intereſſe mehr für ihn hat. § 286 BGB.[2]).

Indeſſen deckt dieſe Rechtsgeſtaltung nicht das praktiſche Bedürf-

---

70) S. o. I Ziff. 3. — Titze S. 190 ff.
71) Gegen Bewirkung der eigenen Leiſtung. S. o. Note 41.
72) § 325 Abſ. 1 Satz 2 und oben I Ziff. 3 passim.
73) Ueber dieſe Eventualität ſ. ſchon oben § 159 zu Note 28.
74) S. dazu oben § 159 bei Note 32.
75) Aus Gründen wie oben bei Note 21 ff.

*) S. die Litteratur zu § 161. Ferner Dernburg §§ 97—98; Coſack § 128; Mathiaß I § 86 Ziff. II; Enneccerus § 200.
1) Wie oben § 170 Note 40—41.
2) S. o. § 162 Ziff. 4b.

niß[3]). Und ebensowenig geht das Rechtsmittel des § 283 BGB. für den nichtsäumigen Vertragstheil in allen Fällen weit genug. Danach kann letzterer allerdings schließlich dem Gegner eine Frist für seine Leistung setzen, mit dem Präjudiz, daß er nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Leistung ablehnen und das Wahlrecht des § 325 BGB. ausüben darf[4]); aber diese Befugniß setzt eine rechtskräftige Verurtheilung des Gegners und dann noch die Gewährung einer Nachfrist voraus. Es bedurfte eines einfacheren Mittels für den nichtsäumigen Theil, um seine eigene Leistung zu retten und von dem Vertrage loszukommen. Dieses bietet ihm unser Gesetz auf der Basis des Leistungsverzuges. § 326 BGB. Danach darf der nichtsäumige Theil dem Gegner, sobald dieser in Leistungsverzug gekommen ist, eine angemessene Frist für die Erfüllung setzen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung ablehne. Mit fruchtlosem Ablauf der Frist hat dann der nichtsäumige Theil dieselben Rechte wie bei einer vom Gegner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung (§ 325 BGB.). Es kann also nicht mehr Erfüllung verlangt werden, sondern der nichtsäumige Theil hat jetzt die Wahl, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder einfach vom Vertrage zurückzutreten. Kann der nichtsäumige Theil nachweisen, daß die Leistung des Anderen in Folge des Verzugs gar kein Interesse für ihn hat[5]), so bedarf es nicht einmal der Fristsetzung (Abs. 2), sondern es können auf Grund des Leistungsverzuges diese Rechte unmittelbar ausgeübt werden.

---

3) Vgl. schon oben § 170 zu Note 44. Nicht blos der Beweis des Schadensersatzes ist oft schwierig, sondern noch lästiger ist es für den nichtsäumigen Theil, daß er die eigene Leistung machen muß, während er hinsichtlich der Gegenleistung auf einen umständlichen Weg verwiesen ist und häufig statt derselben nur Schadensersatz erhält. Viel mehr wird ihm oft daran liegen, die eigene Leistung zurückzunehmen. Dies kann er aber nach allgemeinen Grundsätzen nur als Bestandtheil des Schadensersatzes, wenn die Gegenleistung jedes Interesse für ihn verloren hat. Nur in einzelnen Fällen (so bei der Miethe: l. 24 § 4 Dig. locati 19, 2) war das röm. Recht weiter gegangen und hatte dem nichtsäumigen Theil ein Rücktrittsrecht vom Vertrage gegeben; umgekehrt setzte (auf Grund des älteren deutschen) das franz. Recht (Code Nap. Art. 1184) die Erfüllung der einen Verpflichtung als Bedingung der anderen. S. o. § 168 Note 10. Das ehemalige Handelsgesetzbuch Art. 354, 355 suchte zwischen beiden Extremen zu vermitteln. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat diese Vorschriften aufgegriffen und verallgemeinert.

4) Vgl. o. § 159 Ziff. II und § 170 gegen Ende.

5) Z. B. ein Reitpferd ist zu einer Dienstleistung gekauft, und der Verkäufer kann erst nach Beendigung der Dienstzeit liefern. — Erkrankt oder verstirbt aber der Käufer des Pferdes, so ist die Lieferung zwar auch möglicherweise für die Erben ohne Interesse, aber nicht in Folge des Verzuges. Daher sind sie hier von der Gewährung einer Nachfrist nicht befreit.

2. Der nichtsäumige Theil hat also auch hier wieder ein dreifaches Wahlrecht:

a) Er kann Erfüllung fordern, also den ursprünglichen Schuldgegenstand und das Verzugsinteresse[6]). Dieses Recht folgt unmittelbar aus dem Vertrage, braucht nicht durch eine besondere Rechtshandlung gewahrt zu werden und bleibt regelmäßig bestehen, bis es durch Wahl einer der beiden anderen Alternativen aufgegeben wird[7]). Hier hat der nichtsäumige Theil seine Gegenleistung zu bewirken[8]).

b) Der nichtsäumige Theil kann aber auch dem Gegner zur Bewirkung seiner Leistung eine angemessene Frist setzen, mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung ablehne[9]). War die Frist angemessen[10]) und erfolgte innerhalb derselben die Leistung nicht, so ist der Anspruch auf Erfüllung erloschen[11]) und der nichtsäumige Theil hat[12]) wahlweise folgende Rechte[13]); § 326 Abs. 1 Satz 1 u. 2.

α. Er kann Schadensersatz statt der Erfüllung fordern, wofür er dann wiederum die Gegenleistung zu bewirken hat[14]).

---

6) S. o. zu Note 1.

7) Unter Umständen kann auch in langdauernder Nichtausübung des Erfüllungsanspruchs ein Verzicht darauf gefunden werden. S. Entsch. d. RÖHG. Bd. 28 S. 84 ff.; Dernburg § 98 Ziff. II.

8) Ob Schadensersatz und Gegenleistung (z. B. ein Kaufpreis) gegeneinander aufgerechnet werden können, ist eine andere, hier nicht zu erörternde Frage. S. u. §§ 191 ff.

9) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. o. Bd. I § 88. Die Fristberechnung erfolgt nach den allgemeinen Regeln § 120 eod. (s. bes. §§ 187, 188 BGB.).

10) Es gelten die oben § 151 Note 8 ff. entwickelten Grundsätze. Eine zu kurze resp. grundlos verweigerte Nachfrist führt den Präklusiveffekt des § 326 BGB. nicht herbei. Eine mangelhafte Erklärung kann aber wiederholt, — auch einfach „angemessene Frist" gesetzt werden. Ja man wird die Setzung einer derartigen nach billigem Ermessen zu bestimmenden Nachfrist unter Umständen auch in der bloßen Ablehnung der Erfüllung ohne Erwähnung der Frist finden können. Arg. § 133 BGB. Ist dann angemessene Zeit nach der Erklärung nicht geleistet, so ist die Leistung nicht mehr zulässig. Aber unbestimmte Beschwerden, bloße Schadensersatzforderung 2c. können die Fristbestimmung nicht ersetzen. Vgl. Dernburg § 98 Ziff. IV.

11) Die Erklärung bindet also auch den nichtsäumigen Theil, wie die meisten Erklärungen dieser Art.

12) Entsprechend oben § 170 I Ziff. 3 lit. a u. b.

13) Für ein Analogon zu § 170 a. a. O. lit. c fehlt hier der Raum.

14) Wie oben § 170 Note 40 ff. Zustimmend fast alle Autoren, während Cosack § 123 Ziff. 7b und § 130 I Ziff. 1b hier wieder die noch nicht bewirkte Gegenleistung in Wegfall kommen lassen will. Wegen eventueller Aufrechnung von Schadensersatz und Gegenleistung gelten die allgemeinen Grundsätze. Vgl. Note 8.

β. Oder er kann vom Vertrage zurücktreten. Dann darf er auch seine Gegenleistung einbehalten oder zurückfordern. Es wird thunlichst Alles wieder in den früheren Zustand versetzt. Schadensersatz findet nicht statt[15]). Die Behandlung im Einzelnen ist wie beim Rücktritt wegen (einer vom Gegner zu vertretenden) Unmöglichkeit der Leistung[16]).

3. Die zuletzt genannten beiden Rechte werden dem nichtsäumigen Theil auch dann zugestanden, wenn er bis zum Ablauf der Präklusivfrist[17]) einen Theil der Gegenleistung erhalten hat[18]). Mit Ablauf der Frist ist diesenfalls nur die Erfüllung des Restes ausgeschlossen, und die nichtsäumige Partei hat die obigen Rechte wie bei theilweiser Unmöglichkeit der Gegenleistung. § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB.

a) Demgemäß beschränkt sich, wenn Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wird, der Ersatz zunächst auf den nicht gelieferten Theil der Leistung. Die nichtsäumige Partei darf aber den gelieferten Theil ablehnen, wenn dieser kein Interesse für sie hat[19]), und Schadensersatz wegen vollständiger Nichterfüllung fordern. Rückgabe und Schadensersatz haben Zug um Zug nach den Regeln des bedungenen Rücktrittsrechtes zu erfolgen[20]).

b) Ebenso kann die nichtsäumige Partei bei theilweiser Nichterfüllung für den übrigen Theil von dem Vertrage zurücktreten[21]), und

---

15) S. o. § 170 zu Note 51.

16) Vgl. § 170 zu Note 47 ff. Also nach Art eines in dem Vertrage vorbehaltenen Rücktrittsrechts.

17) Hatte er schon vor der Fristsetzung oder vor Beginn des Leistungsverzugs eine Theilleistung erhalten und angenommen, so bezog sich die gesetzte Frist sowieso nur auf die ganze Restleistung, und deren Ausbleiben innerhalb der Frist gibt dem nichtsäumigen Theil die Rechte des § 326 Abs. 1 Satz 1 (nicht 3).

18) Da die Gegenleistung nicht weiter geschehen kann, ist die Frage, ob theilweise oder vollständige Nichterfüllung vorliegt, wie bei Unmöglichkeit der Leistung zu beurtheilen. S. o. § 170 Note 43 und § 158 Ziff. 4. Dies ist insbesondere für Qualitätsmängel wichtig. Hier kann je nachdem Theilleistung, vollständige Nichtleistung oder mangelhafte Vollleistung vorliegen. A. M. Cosack § 123 III Ziff. 8b, der bei untheilbaren Sachleistungen ausschließlich das letztere annimmt.

19) Dafür ist sie beweispflichtig. Detail wie oben § 170 zu Note 43 u. Cit. — Der nichtsäumige Theil kann aber auch statt dessen dem Gegner eine neue Frist setzen unter dem Präjudiz der Ablehnung, wenn der Rest nicht innerhalb der Frist nachfolgt (also den Fall nach Art der Note 17 behandeln. S. auch Romeick, Fristbestimmung (1901) S. 26 ff.

20) Arg. § 280 Abs. 2 BGB., auf welchen durch §§ 326 u. 325 Bezug genommen wird. S. die Ausführungen oben § 158 Ziff. 4.

21) In diesem Fall muß sie natürlich einen dem Empfangenen entsprechenden Theil der Gegenleistung bewirken.

wenn das Empfangene für ſich allein kein Intereſſe für ſie hat[22]) (gegen deſſen Rückgabe) vom ganzen Vertrage[23]).

4. Erhellt ſchon von vornherein, daß die nachträgliche Leiſtung für den Gegner kein Intereſſe hat, ſo bedarf es bei deren Ablehnung[24]) nicht noch der Gewährung einer Nachfriſt. Sondern die Erfüllung kann auf Grund des Verzugs und der erfolgten Ablehnung überhaupt nicht mehr geſchehen[25]). Da die Ablehnung hier ſofort wirkt, iſt ſie noch bis zum etwaigen freiwilligen Angebot der Nachleiſtung rechtzeitig, und kann dieſes alſo verhindern — gleichgültig ob der ſäumige Theil den Ablehnungsgrund vorausſehen konnte oder nicht.

5. Was die Entſcheidung zwiſchen den verſchiedenen Rechten der nichtſäumigen Partei angeht[26]), ſo führt, wie wir geſehen haben, das Begehren der Erfüllung (mit Schadenserſatz) noch keinen Verluſt der anderen Rechte des nichtſäumigen Theils herbei[27]), wohl aber die Geltendmachung eines dieſer Rechte den Verluſt des Erfüllungsanſpruchs. § 326 Abſ. 1 Satz 2 i. f. Die Konkurrenz zwiſchen dem Anſpruch auf Schadenserſatz wegen Nichterfüllung und Rücktrittsrecht iſt wie in § 170 aufzulöſen[28]). Auch kann der ſäumige Theil den wahlberechtigten nach den dortigen Grundſätzen auf Vollzug der Entſcheidung provoziren[29]). Arg. §§ 327, 355 BGB.

§ 172.

4. Beſonderheiten bei Fixgeſchäften.

Auch bei Fixgeſchäften[1]) treten, wenn die geſchuldete Leiſtung nicht zur feſtbeſtimmten Zeit bewirkt wird, die erwähnten Rechtsfolgen ein[2]). Nur ſind die denkbaren Variationen noch vermehrt.

---

22) S. o. Note 19.
23) Nach Maßgabe bei Note 20 oben.
24) S. o. Ziff. 2 lit. b.
25) Im Streitfall über die Intereſſefrage hat der Gläubiger, welcher die Leiſtung nicht mehr annehmen will, den Mangel ſeines Intereſſes an derſelben zur Zeit der Erklärung zu beweiſen. Vgl. o. Note 19. Vermag er dies nicht, ſo iſt die Erklärung wirkungslos. S. Note 10.
26) Schollmeyer § 326 Note 3—4.
27) Näheres über die klageweiſe Geltendmachung § 255 Abſ. 1 CPO. und Romeick, Friſtbeſtimmung (1901) S. 103. S. aber auch oben § 151 Note 11.
28) S. insbeſondere daſelbſt Note 60 ff. Daraus ergibt ſich: das Verlangen des Schadenserſatzes wegen Nichterfüllung iſt an ſich noch nicht bindend (a. M. Coſack § 123 III Ziff. 3, in Konſequenz ſeiner oben Note 14 erwähnten Anſicht), wohl aber der erklärte Rücktritt.
29) S. o. § 170 zu Note 64 ff.

1) Vgl. über dieſelben oben §§ 156 Ziff. III u. 159 Ziff. I.

1. Im Zweifel[3]) kann die nichtsäumige Partei[4]) vom ganzen Vertrage zurücktreten. § 361 BGB. Indem sie dies thut, zieht sie einfach die Konsequenz aus der hier so wesentlichen Eigenschaft der Leistung in Ansehung der Zeit, und weist sie als Vertragserfüllung zurück. Damit ist die geschuldete Leistung unmöglich geworden, obschon sie vielleicht an sich noch geschehen kann und der Schuldner zu ihrer Bewirkung bereit ist. Da das Zurückweisungsrecht hier auf einer Vertragsklausel beruht, liegt es am nächsten, das Rücktrittsrecht wegen Verspätung als ein für diesen Fall kontraktlich bedungenes zu beurtheilen. S. u. §§ 174 ff. Die Auflösung des Vertrags erfolgt also[5]) auf Grund der Klausel ex tunc, auch wenn Leistungsverzug nicht vorliegt[6]). Hat aber der andere Theil den Grund der Verzögerung nicht zu vertreten[7]), so haftet er nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[8]). § 327 Satz 2[9]).

2. Der nichtsäumige Theil braucht aber von dem vertraglichen Rücktrittsrecht keinen Gebrauch zu machen. Es kann ihm daran liegen, bei dem übrigen Inhalt des Vertrages stehen zu bleiben. Oder die Vertragsauslegung ergibt, daß das Rücktrittsrecht überhaupt nicht gewollt war[10]). — In diesen Fällen kommt es auf die spezielle Sachlage an. Als unmöglich ist hier die Leistung nicht zu behandeln, denn das Ablehnungsrecht fehlt oder es wird eben kein Gebrauch davon gemacht. Dagegen kann

2) Selbst die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (s. o. § 169) ist dem Fixgeschäft nicht fremd, wenn nur sonst deren Voraussetzungen vorliegen.

3) § 361 BGB. enthält eine Auslegungsregel, kommt daher nicht zur Anwendung, wenn die Parteien wegen der Rechtsfolgen der Verspätung etwas Anderes bestimmt haben. — Er stellt seine Vermuthung nur für ein Rücktrittsrecht, nicht auch für den wirklichen Rücktritt auf. Der nichtsäumige Theil bleibt in seiner Wahl ganz frei.

4) Gleichgültig, ob nur der Gegner oder auch die nichtsäumige Partei selbst zu einer fix zu bewirkenden Leistung verpflichtet war. Letzteres ist durchaus möglich.

5) Gemäß §§ 346 ff. BGB.

6) Anderseits versteht sich von selbst, daß der Gläubiger, wenn er selber den Grund der Nichteinhaltung der Leistungszeit zu vertreten hat oder sich im Annahmeverzug befindet, von dem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch machen kann. Vgl. § 324 BGB.

7) Durch die Vorschrift des § 327 Satz 2 BGB. wird dem Gedanken entgegengetreten, als liege in der Rücktrittsklausel in diesem Falle schon von selbst auch die Uebernahme des Einstehens für alle Zufälle.

8) Ueber den Unterschied von der gewöhnlichen Haftung aus Rücktritt von einem Vertrage (§§ 346 ff. BGB.) s. o. § 170 Note 47 u. 71 ff., § 171 zu Note 16.

9) Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung können aus der Klausel überhaupt nicht hergeleitet werden.

10) S. o. Note 3. — Der Fall, daß die nicht rechtzeitig bewirkte Leistung nach dem Inhalt des Vertrages von selbst (ihrer Natur nach) nicht als Erfüllung angesehen werden kann, ist hier bei Seite zu lassen. S. o. § 170 zu Note 68.

a) die Leistung an sich (thatsächlich) unmöglich geworden sein[11]): dann wirkt die Unmöglichkeit in der gewöhnlichen Weise (§§ 323—325 BGB). Also verschieden, je nachdem sie auf einem von der einen oder anderen Partei zu vertretenden Umstande oder auf Zufall beruht[12]). Letzterenfalls fällt der Vertrag ohne Weiteres zusammen[13]). Ist der Gläubiger für die Unmöglichkeit verantwortlich oder befand er sich zur Zeit ihres Eintritts im Annahmeverzuge, so hat er die Gegenleistung zu bewirken[14]). Ist der Schuldner verantwortlich, so hat der Gläubiger das bekannte dreifache Wahlrecht[15]). Insbesondere kann er also Schadensersatz verlangen, — aber auch hier von dem Vertrage zurücktreten. Dieses Rücktrittsrecht, welches dem sub Ziff. 1 besprochenen parallel geht, beruht unmittelbar auf dem Gesetz und ist in seinen Existenzbedingungen vom ersteren unabhängig[16]).

b) Ist die Leistung noch möglich, so hat dies besondere Rechtsfolgen nur, wenn sich die säumige Partei im Leistungsverzug befindet[17]). Auch hier kann also der Gegner in Ausübung seines dreifachen Wahlrechts[18]) unter Umständen kraft Gesetzes vom Vertrage zurücktreten[19]), und zwar, wenn die Nachlieferung kein Interesse mehr für ihn hat, auch unmittelbar (ohne Bewilligung einer Nachfrist für die Leistung).

3. Ist bei Handelskäufen bedungen, daß die Leistung des einen Theils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer bestimmten Frist bewirkt werden solle (Handelsfixgeschäfte), so kann, wenn diese verstrichen sind, Erfüllung überhaupt nicht mehr, sondern nur noch auf Grund einer sofortigen Erklärung des nichtsäumigen Theils[20]) verlangt werden[21]). Der nichtsäumige Theil hat also (ohne

11) S. auch vorige Note.

12) S. über diese verschiedenen Fälle oben § 170 Ziff. I.

13) Soweit der Gläubiger die geschuldete Gegenleistung schon bewirkt hat, kann er dieselbe auch hier nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (konform Note 7—8). § 323 Abs. 3 BGB.).

14) Nach Anleitung des § 324 BGB.

15) S. o. § 170 zu Note 89 ff.

16) Arg. § 325 BGB.

17) Da die Verspätung hier nicht schon allein (wie nach Ziff. 1) wirkt. Arg. § 326 BGB.

18) Vgl. o. § 171.

19) Vgl. lit. a am Ende.

20) Empfangsbedürftige Willenserklärung (oben Bd. I § 88). — Der Grund ist, daß im Handelsverkehr mangels nicht prompter Erledigung regelmäßig auf Erfüllung nicht mehr gerechnet, die Waare vielmehr anderweit beschafft wird.

21) Dadurch wird insbesondere das oben Ziff. 1 u. 2b Gesagte modifizirt.

Rücksicht auf Leistungsverzug des Gegners und Nachweis seines mangelnden Interesses an nachträglicher Lieferung) das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, — im Fall des Leistungsverzuges auch statt dessen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren[22]). § 376 Abs. 1 HGB.

4. Geräth bei Fixgeschäften über Lieferung von Waaren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, der Schuldner vor dem Stichtage in Konkurs, so besteht nur noch ein Anspruch wegen Nichterfüllung. S. § 18 KO.[23]).

C. Gewährleistung für versprochene Veräußerung oder Belastung von Gegenständen.

§ 173.

1. Wer die Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes verspricht[1]), also z. B. zusagt[2]), einem Anderen das Eigenthum einer Sache zu übertragen[3]) oder ihm ein anderes dingliches Recht an dieser Sache zu bestellen[4]), erfüllt nicht sein Versprechen, wenn er dem Anderen nicht auch wirklich das bedungene Recht verschafft, sodaß letzterer den Vertragsgegenstand haben und behalten kann[5]).

22) Nach den darüber entwickelten näheren Grundsätzen. Doch wird die Ausführung durch § 376 Abs. 2—4 HGB. erheblich erleichtert.

23) Es sei denn, daß der Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln wäre. Abs. 3 daselbst. Auf das Detail der Schadensberechnung (Differenzforderung) einzugehen, ist hier nicht der Ort.

1) Scil. in einem Schuldvertrage und zwar (vgl. §§ 168 ff.) einem gegenseitigen, also entgeltlich! Ueber die Begriffe der Veräußerung und Belastung s. o. Bd. I § 74 (zu Note 15 ff.). — Danach ist die Verpflichtung zu der Veräußerung und Belastung von dieser selbst wohl zu unterscheiden. Der Schuldvertrag enthält nur die Verpflichtung (nicht die betr. Verfügung selbst). Indeß kann der Vertrag ein sog. Realgeschäft sein (s. o. Bd. I § 86 Note 9, § 89 zu Note 32), z. B. Handkauf. Dann fallen Schuldvertrag und dinglicher Vertrag in einem einzigen Akt zusammen und die Regeln des Textes gelten für's Ganze. Aber sie gelten auch dann nur als Bestandtheile des Zweckgeschäfts, das in dem Ganzen steckt (des Kaufs), nicht als Bestandtheile der Zuwendung (der Tradition der Kaufsache ꝛc. §§ 929 ff. BGB.). Der Handkauf ist Kauf, trotzdem er zugleich dinglicher Vertrag ist. S. § 211 Ziff. 2. Daher ist es verwirrend, wenn z. B. bei Planck § 445 BGB. Note 2 gesagt wird, die Gewährleistungsregeln „beschränkten sich nicht auf obligatorische Verträge".

2) Z. B. durch Kauf, Tausch, Leistung an Erfüllungsstatt, Einbringen in eine Gesellschaft, Zuweisung bei der Theilung oder bei einem Vergleiche oder durch unbenannte Verträge, wobei die Gegenleistung in Handlungen oder Unterlassungen besteht. (Wegen des Erfordernisses der Entgeltlichkeit des Vertrages s. auch unten bei Note 9).

3) Oder ein sonstiges Recht abzutreten, z. B. eine Forderung.

4) Hierhin gehört also die Bestellung von Dienstbarkeiten, Erbbaurechten, Erbpachtrechten, Reallasten, Verpfändungsverträge jeder möglichen Art.

5) Nur auf diesen Effekt: das Haben und Behaltenkönnen (habere licere)

Iſt der Verſprechende zu dieſer Rechtsverſchaffung nicht im Stande, z. B. weil ihm der Vertragsgegenſtand nicht gehört, ſo liegt *Nichterfüllung* vor, für die der Schuldner nach allgemeinen Grundſätzen haftet[6]). Die Haftung wirkt vorzugsweiſe nach den Regeln des § 283 BGB. oder des Leiſtungsverzuges; ſtellt ſich die definitive Unmöglichkeit der Erfüllung heraus, nach deren Regeln. Meiſt hat übrigens der Schuldner hier ſcheinbar erfüllt, d. h. zunächſt den Vertragsgegenſtand *thatſächlich geleiſtet*. Wird letzterer dann dem Empfänger *entwährt*[7]), ſo hat der Schuldner dafür aufzukommen: er haftet auf *Gewährleiſtung*. Die Gewährleiſtung iſt an ſich betrachtet nichts anderes als die Verpflichtung aus dem Schuldverhältniß: ſie geht alſo auf *Nachholung des Verſäumten*, ſoweit eine ſolche (z. B. durch Lieferung einer anderen Sache) noch möglich iſt; andernfalls involvirt ſie den Anſpruch des Gegners auf das *Erfüllungsintereſſe* reſp. die ſonſtigen Rechte des Gläubigers aus der Nichterfüllung[8]).

Aber die unterſchiedsloſe Anwendung der allgemeinen Grundſätze ginge hier vielfach zu weit. Einer entſchiedenen Abſchwächung bedarf ſie bei *unentgeltlichen Geſchäften*. Denn hier will man meiſtens nur geben, was man ſelbſt hat[9]). Aber auch bei *entgeltlichen* Geſchäften iſt zu unterſcheiden, aus welchem Grunde die Entwährung erfolgt; ob der Grund vor oder nach dem Vertragsabſchluß, und letzterenfalls unabhängig vom Willen des Veräußerers eintritt u. ſ. w. Es bedarf alſo einer Spezialregelung dieſer Materie für die in Rede ſtehenden Geſchäftskreiſe, d. h. ſelbſtredend *Schuldverträge*, die auf entgeltliche Veräußerung oder Belaſtung von Gegenſtänden gerichtet ſind. Es handelt ſich um *Kauf* und kaufähnliche Geſchäfte[10]). Das Geſetz hat

---

ſahen regelmäßig die Römer. Vgl. l. 11 §§ 2, 18, l. 30 § 1 Dig. de A. E. V. 19, 1; l. 25 § 1, l. 80 § 1 Dig. de contr. emt. 18, 1; l. 16 § 1, l. 24, 29, § 1, l. 57 pr. § 1 Dig. de evict. 21, 2. Wir verlangen *die Rechtsverſchaffung ſelbſt*. Vgl. §§ 433 ff., 445 BGB. Doch genügt es regelmäßig, daß der Erwerber das Recht nach den Vorſchriften des gutgläubigen Erwerbs a non domino (ſ. o. Bd. I § 71 zu Note 13 ff.) behält. S. für den Fall des Kaufs unten § 211 Ziff. 3, §§ 218 ff.

6) S. o. §§ 157, 158 ff., 166 Note 22 ff., 169 ff.

7) Es kommt darauf an, ob der Gegenſtand ohne weitere Aufopferung von Seiten des Erwerbers in deſſen Vermögen verbleibt. Erwerb durch Schenkung, Vermächtniß, Erbgang vom wahren Berechtigten ſchließt die Gewährleiſtungspflicht aber auch nicht aus, weil der Erwerbspreis fruchtlos aufgewendet iſt.

8) Alſo auf Gelderſatz (oben § 151), ſei es wegen der Verſpätung oder vollſtändigen Nichterfüllung, Rücktritt vom gegenſeitigen Vertrage (§§ 170 ff.) ꝛc.

9) Die Gewährleiſtung bei der Schenkung (§ 523 BGB.), Ausſtattung von Kindern (§ 1624), beim Vermächtniß (§ 2182) ꝛc. iſt daher nur an den entſprechenden Stellen zu behandeln.

10) S. o. Note 2. Für Tauſch, Hingabe an Erfüllungsſtatt und Zuweiſung

die betreffenden Bestimmungen über die Gewährleistungspflicht beim Kaufe gegeben und sich im Uebrigen darauf beschränkt, eine entsprechende Anwendung dieser Regeln vorzuschreiben[11]). §§ 433 ff., 445 BGB.[12]) Dem schließen wir uns an[13]). Hier ist nur der Zusammenhang mit der allgemeinen Vertragslehre zu erläutern[14]).

Danach handelt es sich bei der Gewährleistung stets im Grunde nur um Folgen der Nichterfüllung des gegenseitigen Vertrages von Seiten einer Partei[15]). Z. B. ist die Gegenleistung noch nicht bewirkt, so hat der Erwerber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§§ 320 ff. BGB.). Andernfalls hat er die Rechte aus Verzug des Gegners oder der zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung (§§ 325, 326 BGB.), oder wenn der Grund der Entwährung ausnahmsweise nicht zu vertreten ist, die Rechte aus § 323[16]). Dies wird durch § 440 Abs. 1 (445) BGB. bestätigt. Die Sondervorschriften beziehen sich hauptsächlich auf richtige Begrenzung der Gewährpflicht.

2. Wesentlich anderen Charakter hat die Gewährleistung für Sachmängel. Diese Mängel sind physischer Natur, und die Gewährleistungspflicht beschränkt sich demgemäß auf Sachen. Hier aber trifft sie wiederum den Fall versprochener Veräußerung oder der Belastung[17]) der Sache[18]). Nur läßt sich hier nicht immer sagen, daß der Verpflichtung zur Veräußerung ꝛc. nicht genügt sei, wenn die versprochene Sache mit Mängeln geliefert wird. Es kommt auf die Um-

---

bei der Theilung wird die entsprechende Anwendung der Kaufregeln auch im Allgemeinen verfügt (s. §§ 365, 515, 757 BGB). Für die Gewährleistungspflicht enthält § 445 die — viel weiter gehende — Gleichstellung.

11) Es muß ein Austausch des Gegenstandes gegen ein Aequivalent erfolgen. — Zwar kann die Gewährleistungsfrage auch in einem weiteren Sinne, nämlich bei Verträgen auf entgeltliche Gebrauchsüberlassung von Gütern (s. u. §§ 234 ff.) aufgeworfen werden, und ebenso bei entgeltlicher Benutzung fremder Arbeitskräfte (unten §§ 257 ff.). Doch nimmt die Pflicht hier eine speziellere und zum Theil abweichende Gestalt an. Das Gesetz begnügt sich in dieser Beziehung mit Spezialvorschriften. S. z. B. §§ 541, 651 BGB.

12) Um die betreffenden Vorschriften nicht allzu farblos zu gestalten, — ein Vorwurf, der dem I. Entwurfe des Gesetzes (§§ 370 ff.) mit Recht gemacht wurde.

13) S. u. §§ 218 ff.

14) Wir reden von der Gewährleistung für Mängel im Rechte dessen, der die Veräußerung oder Belastung verspricht.

15) Des Veräußerers ꝛc. S. o. §§ 169 ff.

16) Ebenso kann § 324 Anwendung finden, wenn der Erwerber den Grund der Entwährung zu vertreten hat u. s. w.

17) Wie oben bei Note 1. — Allerdings wird auch für faktische Mängel einer zum Gebrauch überlassenen Sache gehaftet, aber nach besonderen Grundsätzen. Ebenso für angefertigte Sachen (Werklieferung). S. §§ 537 ff., 633 ff., 651 BGB. u. unten bei Miethe ꝛc. und Werklieferung.

18) Auch hier sind also Schuldverträge gemeint, die auf die Veräußerung oder Belastung gerichtet sind.

stände an, ob gerade diese Sache, oder eine Sache bestimmter Art und Güte überhaupt zu liefern war, oder ob sonst (z. B. durch gegebene Zusicherungen) gegen die Vertragspflicht verstoßen ist. Demgemäß ist die Gewährleistungspflicht hier überhaupt nicht einheitlich[19]). Ferner kommen nicht alle Mängel in Betracht, die eine Sache haben kann, sondern nur solche, die den Werth oder die Tauglichkeit der Sache zum Gebrauche des Erwerbers beeinträchtigen, ferner das Fehlen vertraglich zugesicherter Eigenschaften u. s. w. So verliert sich die Regelung in das Detail. Für eine allgemeine Betrachtung sind

a) zunächst wieder auszuscheiden unentgeltliche Geschäfte, weil der Versprechende hier regelmäßig die Sache nur so geben will, wie er sie selbst hat[20]).

b) Was die entgeltlichen Verträge auf Veräußerung oder Belastung angeht, so gibt das Gesetz für diese genauere Regeln bei dem Kauf, die es dann wiederum auf die genannten anderen kaufähnlichen Geschäfte anwendet[21]). §§ 459 ff., 493 BGB. Im Allgemeinen ist hiernach zwischen mangelhaften Vollleistungen und völliger oder theilweiser Nichterfüllung des Vertrages[22]) zu unterscheiden. Soweit Nichterfüllung vorliegt, hat der Erwerber im Allgemeinen die daraus entspringenden Rechte, wenngleich mit mancherlei nothwendigen Modifikationen. Ist Vollleistung anzuerkennen, so wird für die Mängel der Sache, soweit sie erheblich sind, Gewährleistung nach eigenen Grundsätzen im Rahmen der Billigkeit verfügt. Dies gilt insbesondere für Mängel, die beim Vertragsschluß nicht zur Sprache kamen[23]) und, wie so häufig, beiden Parteien verborgen geblieben sind[24]). Ging der Vertrag hier auf die bestimmte Sache[25]), so hat der Verkäufer durch Lieferung dieser Sache zweifellos seine Vertragspflicht erfüllt. Aber die Billigkeit verlangt bis zu gewissem Umfang ein Einstehen für den

---

19) S. über die verschiedenen Gewährleistungsansprüche unten § 222.

20) S. o. Note 9. Auf die Spezialvorschriften für Schenkung, Ausstattung, Vermächtniß (§§ 524, 1624, 2183 BGB.) 2c. ist daher erst an den entsprechenden Stellen einzugehen.

21) Wie oben bei Note 10.

22) In dem bekannten früheren Sinne. S. o. §§ 169 ff.

23) Also insbesondere hinsichtlich deren vom Veräußerer keine besondere Zusicherung gemacht ist.

24) Bei Arglist des Veräußerers (Verheimlichung der Mängel) verstößt dieser zweifellos gegen die Vertragspflicht. Hinsichtlich der Mängel, die der Erwerber kennt, kann von einem Einstehen des Gegners nicht weiter die Rede sein.

25) Anders bei Gattungsgeschäften, wo regelmäßig eine Sache mittlerer Art und Güte zu liefern ist. S. o. § 147.

Mangel. Trifft der Nachtheil doch eine Partei, so ist es gerechter, ihn dem Veräußerer, der die Sache schon besaß, eher zur Last zu legen, als dem Erwerber, dem sie ganz fremd war. Es handelt sich hier nur um eine billige Ausgleichung der Interessen beider Theile[26]). Näheres unten §§ 220 ff.

III. Besondere Verabredungen.

A. Bedungener Rücktritt vom Vertrage*.

§ 174.

1. Begriff und Wirkungen des Rücktrittsrechts.

1. Häufig verabreden die Parteien ein Rücktrittsrecht von dem geschlossenen Vertrage[1]). Dies kommt bei einseitigen wie bei gegenseitigen Verträgen vor. Der Grund kann sein, daß eine Partei sich den endgültigen Entschluß noch vorbehalten will[2]) und sich deshalb den Rücktritt offen hält[3]), — eventuell gegen Erlegung eines Reugelds (§ 359 BGB.)[4]). Viel häufiger aber wird der Rücktritt bedungen für den Fall, daß die andere Partei ihre Verbindlichkeiten nicht erfüllt. Es will dann auch der Gegner nicht leisten resp. von seiner Verpflichtung loskommen[5]). Bei gegenseitigen Verträgen knüpft dies

---

26) Weil der Veräußerer den Mangel selbst nicht kennt, so fällt die Verpflichtung zum Einstehen dafür auch nur in eigenthümlich beschränktem Umfang auf ihn zurück. S. Crome im Archiv f. civ. Praxis Bd. 78 S. 138.

*) Vgl. Wendt, Reurecht und Gebundenheit, Heft 2: Die Reuverträge (1879); Bechmann, Kauf Bd. 2 (1884) S. 487 ff.; Strohal, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 33 S. 367 ff.; Hruza im sächs. Archiv Bd. 5 S. 70; Stammler S. 129; Dernburg §§ 107—110; Endemann I § 148; Cosack § 112; Mathiaß I §§ 90—91; Enneccerus I §§ 187 ff.

1) Ueber gesetzliche Rücktrittsrechte s. schon oben §§ 168 ff. u. Bd. I § 78 Note 5 (clausula rebus sic stantibus).

2) Vielleicht nur für gewisse Eventualitäten, sodaß das Rücktrittsrecht an deren Eintritt geknüpft wird. Von dieser Art war die röm. Klausel der in diem addictio (tit. Dig. de in diem 18, 2), wonach es gestattet ist, vom Vertrage zurückzutreten, wenn von einem Dritten ein besseres Angebot erfolgt. Dies verbindet sich dann meist mit einem Vorkaufsrecht (s. u. § 228) des ersten Kontrahenten, damit dieser in das bessere Gebot eintreten und sich dadurch das Vertragsobjekt erhalten kann.

3) Einfacher Reuevertrag. Vgl. das röm. pactum displicentiae (l. 6 Dig. de resc. vend. 18, 5; l. 3 Dig. quib. mod. 20, 6 etc.).

4) Arrha poenitentialis, Wandelpön. Vgl. l. 17 Cod. de fide instrum. 4, 21 und weiter unten § 176.

5) Verabredung der sog. lex commissoria oder kassatorischen Klausel, auch Verwirkungsklausel genannt, weil der Gegner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeiten aus demselben nicht erfüllt. Vgl. röm. tit. Dig. de lege comm. 18, 3 und Burckhard im civ. Archiv Bd. 51 S. 151 u. 289.

unmittelbar an das oben §§ 168 ff. Gesagte an. Die Parteien begnügen sich nicht mit dem gesetzlichen Maß der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung, wonach ein Rücktrittsrecht gewöhnlich an das Einstehen des Gegners für Unmöglichkeit der Leistung oder Verzug geknüpft ist[6]), sondern sie wollen ein freies Rücktrittsrecht[7]) sobald der Gegner nicht in der bedungenen Art leistet[8]). Vgl. § 360 BGB. Was dazu gehört[9]) richtet sich nach dem Inhalt des Vertrages. Der Fall des Fixgeschäftes (§ 361 eod.) ist schon erwähnt[10]).

2. Der Rücktrittsberechtigte braucht von der Klausel keinen Gebrauch zu machen. Sie ist für ihn ein Recht, — bestimmt nicht seine Rechtslage in zwingender Weise. Die Auflösung des Vertrags tritt daher auf Grund der Rücktrittsklausel niemals von selbst ein. Vielmehr bedarf es dazu einer besonderen *Rücktrittserklärung*. Diese ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung der rücktrittsberechtigten Partei an den Vertragsgegner[11]). § 349 BGB. Sie ist unwiderruflich[12]). Unterbleibt die Erklärung oder ist sie im gegebenen Falle nicht zulässig[13]), so bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften[14]).

3. Hiermit ist der Hauptunterschied unseres Rücktrittsrechts von einer *Resolutivbedingung* bezeichnet. Die Rücktrittsklausel wirkt nie von selbst. Anderseits könnte man sagen, die Auflösung des Vertrags

---

6) Und letzterenfalls auch regelmäßig noch an den Ablauf einer Nachfrist für die Leistung. § 326 BGB.

7) Im Fall des Rücktritts treten dann also die Rechte aus der Klausel an Stelle der gesetzlichen Rechte aus gegenseitigen Verträgen (oben §§ 169 ff.). Uebrigens sahen wir, daß das Rücktrittsrecht, soweit es gesetzlich gewährt wird, inhaltlich dem vertragsmäßigen fast gleichsteht. Der Hauptunterschied liegt in den *Voraussetzungen* des Rücktritts.

8) S. jedoch unten § 175 Ziff. 2b u. c.

9) Sowohl was und inwiefern er *leisten* muß, als auch ob der Rücktritt nicht an gewisse *Voraussetzungen* geknüpft ist, z. B. an *schuldhafte* Nichtleistung u. dgl. — Ueberhaupt sind die gesetzlichen Vorschriften über das vorbehaltene Rücktrittsrecht (§§ 346 ff. BGB.) *keineswegs zwingende*. Die Rücktrittsklausel hat Spielraum soweit wie alle Schuldverträge. Zwingende Vorschriften finden sich im Reichsgesetz vom 16. Mai 1894 über die *Abzahlungsgeschäfte*. Danach ist z. B. verboten auszumachen, daß, wenn der Verkäufer wegen unterbliebener Theilzahlungen zurücktritt, die bisher geleisteten Theilzahlungen verfallen sollen.

10) S. o. § 172.

11) S. o. Bd. I § 88. Im Uebrigen kann die Erklärung formlos geschehen. — Durch die Einseitigkeit des Rücktritts ist auch der Unterschied von einer Vertragsaufhebung durch sog. contrarius consensus der Parteien gegeben (die unter dem allgemeinen Grundsatz aller Verträge steht). S. u. § 181 gegen Ende.

12) S. darüber schon § 170 zu Note 62.

13) Vgl. unten § 175.

14) Also z. B. in gegenseitigen Verträgen bei den Regeln der §§ 169 ff. S. schon die Ausführungen über Fixgeschäfte § 172 Ziff. 2.

sei auf die Bedingung der Rücktrittserklärung gestellt[15]). Aber auch damit wäre das Wesen des Rücktrittsrechts nicht getroffen. Dasselbe kann den bezeichneten Sinn haben: es kann nach den Regeln der Resolutivbedingung gewollt sein[16]), ja manche Gesetze haben die Rücktrittsklausel in diesem Sinne aufgefaßt[17]). Unser Gesetz hat sich bei der breiten Ausdehnung, die es in §§ 346 ff. dem Rechtsbehelf gegeben hat, mit Recht für die schwächere Wirkung entschieden. Die Resolutivbedingung führt mit ihrem Eintritt die beabsichtigten Rechtswirkungen von selbst herbei[18]). Ist dies gewollt, so liegt unser Rücktrittsrecht nicht vor. Die Bedeutung des letzteren liegt auf dem Gebiet der Schuldverträge. Die Ausübung des Rücktrittsrechts erzeugt immer blos ein Schuldverhältniß auf Rückgewähr[19]). § 346 BGB.

4. Hierdurch wird auf der anderen Seite nicht ausgeschlossen, daß die Rückgewähr so zu geschehen hat, wie wenn der ursprüngliche Vertrag zwischen den Parteien nicht geschlossen worden wäre. Also ex tunc! Obligatorische Wirkung und Rückwirkung sind sehr wohl vereinbar. S. z. B. § 159 BGB. Im vorliegenden Falle geht der Sinn des Rücktrittsrechts aus dem Inhalt der §§ 346, 347 BGB. unzweifelhaft hervor. Der Rücktritt bezweckt wirthschaftlich eine völlige Beseitigung der Geschäftswirkungen[20]): jede Partei kann verlangen, daß der frühere Zustand wiederhergestellt werde. In diesem Sinne erzeugt die Ausübung des Rücktritts für beide Parteien neue Rechte. Nämlich

a) soweit aus dem ursprünglichen Vertrage schon geleistet ist, ein

---

15) Möglicherweise daneben auch noch auf andere Bedingungen. S. o. Note 2 und Bd. I § 100 Note 2.

16) Das Erforderniß der (willkürlichen) Parteierklärung ist nach Bd. I § 97 zu Note 8 ff. kein Hinderniß. — Die Resolutivbedingung beschränkt sich nicht auf Schuldverträge.

17) Sie war in der That so gemeint bei der lex commissoria des röm. Rechts (vgl. l. 1, 4 pr., 5 Dig. h. t. 18, 3); in Art. 1183 ff. Code Nap. und bei der addictio in diem (s. o. Noten 2 u. 5).

18) S. o. Bd. I § 100 Ziff. II. Eine bedingte Verfügung wird ipso iure rückgängig. S. das. Note 3.

19) Daß dieses Schuldverhältniß gegebenenfalls durch Vormerkung des Rücktrittsrechts im Grundbuch dinglich gesichert werden kann (Dernburg § 107 Ziff. IV), ist nichts, was es von anderen Schuldverhältnissen unterscheidet. S. o. Bd. I § 132 Ziff. II.

20) Nicht gilt blos das Zweckgeschäft (oben Bd. I § 74 i. f.) als durch den Rücktritt zusammengefallen, während die Zuwendung als eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gegners der Rückforderung unterliegt (vgl. daselbst § 80 Note 12). Ueber den Unterschied des Anspruchs aus Rücktritt von der condictio ex causa finita s. schon § 170 Note 47, § 171 Note 16. Die letztere ginge nach der Parteiabsicht regelmäßig nicht weit genug.

Schuldverhältniß auf Rückgabe resp. Wiederherstellung des früheren Zustands (Anspruch);

b) soweit noch nicht geleistet ist, gegen die ursprünglichen Verpflichtungen eine Einrede[21]). —

Uebrigens bedarf es kaum der Erörterung, daß auch in dieser Hinsicht die Parteien ein Anderes bestimmen, also den „Rücktritt" blos für die Zukunft (ex nunc) ausbedingen können[22]). Thun sie dies, so liegt aber wieder unser Rücktrittsrecht nicht vor; vielmehr hat die Verabredung eine Kündigung zum Gegenstande[23]).

5. Der Rücktritt bewirkt also zunächst, daß keine weitere Erfüllung der ursprünglichen Vertragsverpflichtungen verlangt werden kann. Die bereits bewirkten Leistungen sind rückgängig zu machen. Darauf gehen besondere Schuldverhältnisse[24]) mit neuem Inhalt (auf Rückgewähr). Bestehen beiderseits solche Verpflichtungen, so werden sie nach Art von Leistung und Gegenleistung in einem gegenseitigen Vertrage behandelt[25]). Die Rückleistungen haben also Zug um Zug zu erfolgen. § 348 BGB. Jede Leistung kann bis zur Bewirkung der anderen einbehalten werden; die klageweise Verfolgung führt zur Zug- um Zugverurtheilung[26]). Bei Verzug oder Unmöglichkeit der Rückgabe ist eventuell Schadensersatz zu leisten[27]); in einigen Fällen folgt daraus ein Verlust des Rücktrittsrechts nach selbständigen Grundsätzen[28]). Im Uebrigen ist das Detail folgendes:

---

21) Unzutreffend redet Cosack § 112 Ziff. 5a von einem Erlöschen der Forderungen und Verpflichtungen aus dem Vertrage.

22) Dies kann sich als gewollt auch aus den Umständen ergeben, z. B. eventuell bei Miethe, Pacht, Auszugsverträgen, da die Rückwirkung hier nur Komplikationen herbeiführen würde. S. auch Dernburg § 107 i. f.

23) Falsa demonstratio non nocet. S. § 133 BGB. Dies ist die richtige Auflösung des bei Dernburg a. a. O. aufgeworfenen Problems. — Das Gesetz spricht, wo es ein Rücktrittsrecht von einem Vertrag blos für die Zukunft gewährt, von Kündigung. S. z. B. §§ 542—544, 605, 649 BGB.

24) Daher ist die Verjährung der betreffenden Ansprüche die gewöhnliche (30 Jahre), trotzdem die Verjährung der Vertragsansprüche möglicherweise eine kürzere war.

25) Mag auch der ursprüngliche Vertrag von anderer Art gewesen sein.

26) Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§§ 320, 322 BGB.) wird analogisch angewendet.

27) Es war nicht daran zu denken, auch die §§ 323—326 BGB. auf die wechselseitige Rückleistungspflicht zur Anwendung zu bringen. Denn ein danach eintretender Wegfall der Rückleistungen käme dem Verlust des Rücktrittsrechts selbst gleich.

28) Es ist einleuchtend, daß wer von diesem Recht Gebrauch macht, vor Allem selbst prompt zurückgeben muß, widrigenfalls der Rücktritt unzulässig erscheint. Jedoch wird dies aus Rücksichten der Billigkeit nicht ganz durchgeführt. S. u. § 175. Ist der Gegner des Zurücktretenden durch Zufall gänzlich befreit, so ist das Rücktrittsrecht illusorisch geworden, da man doch nichts zurückerhält.

a) Soweit das Empfangene noch vorhanden ist, hat die Rückgabe in Natur zu erfolgen. Abgesehen davon sind

α. geleistete Dienste oder sonstige in Natur nicht zurückzugewährende Nutzungsvortheile nach dem gewöhnlichen Werth, eventuell — falls im Vertrage dafür eine Vergütung in Geld angesetzt war — in Höhe dieser Vergütung zu erstatten. § 346 BGB.

β. Andere Gegenstände stellen, wenn sie nicht mehr vorhanden und vom Rückleistungspflichtigen nicht wiederzuverschaffen sind, eine unmögliche Rückleistung dar[29]). Dies wird insbesondere bei unwiederbringlich veräußerten oder untergegangenen Sachindividuen zutreffen. § 347.

b) Bei einer derartigen Unmöglichkeit der Rückgabe[30]), welche auch in einer entsprechenden Verschlechterung[31]) der rückzuleistenden Gegenstände liegen kann, — ebenso in Ansehung der Rückvergütung von Nutzungsvortheilen wird der Empfänger so behandelt, als wären die betreffenden Ansprüche schon mit Empfang der Leistung rechtshängig geworden. § 347 BGB. Der Empfänger haftet also nach den dafür geltenden strengeren Rechtsgrundsätzen[32]). D. h. für ordnungsmäßige Behandlung des Empfangenen von Anfang an, z. B. für sorgfältige Aufbewahrung, Erhaltung und Nutzung[33]) der Gegenstände vom Augenblicke des Empfangs[34]) (nach Art des Besitzers einer Sache, der mit dem Eigenthumsanspruche verfolgt wird, vgl. §§ 987, 989 ff. BGB.). Ebenso hat er Geldsummen von dem Empfang an zu verzinsen[35]). Umgekehrt hat der Empfänger seinerseits Ansprüche wegen Verwendungen auf die erhaltenen Gegenstände wie ein Leistungspflichtiger im gleichen Falle[36]).

---

29) Wenn auch häufig nur eine subjektiv unmögliche Rückleistung. Zwischen den verschiedenen Arten der Unmöglichkeit ist hier sowenig wie oben § 158 zu unterscheiden.

30) Soweit sie nicht nach den Grundsätzen des folgenden Paragraphen den ganzen Rücktritt ausschließt.

31) Diese ist gegebenenfalls einer theilweisen Unmöglichkeit der Leistung gleichzuachten. § 347 BGB. stellt mit Recht die Fälle gleich.

32) S. o. § 160 Ziff. 2b bes. Note 8 ff. (vgl. Bd. I § 129 Note 17 ff.).

33) Für die gewonnenen und die gewinnbaren Nutzungen. S. o. Bd. I § 69 Noten 17, 21.

34) Wird das Rücktrittsrecht erst nachträglich (nach dem Empfang) bedungen, so erst von der Beredung des Rücktrittsrechtes an, während für die frühere Zeit nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung oder den sonstigen allgemeinen Vorschriften (oben § 170 Note 47) einzustehen ist. — Ebenso, soweit kein Verschulden in der Behandlung des Empfangenen vorliegt.

35) Nach Analogie der Prozeßzinsen. S. o. § 160 Ziff. 2a.

36) S. o. § 160 Note 14 ff. u. Cit.

§ 175.

2. Zulässigkeit des Rücktritts.

Ueber die Zulässigkeit des Rücktritts entscheidet in erster Linie die Parteivereinbarung[1]). Es gibt aber auch gesetzliche Bestimmungen über die Zulässigkeit in gewissen Fällen[2]), die einer besonderen Erläuterung bedürfen. Das Gesetz unterscheidet

1. Fälle, in denen der Rücktritt ausgeschlossen ist. D. h. er kann dann nicht erfolgen, ist also, wenn dennoch erfolgt, ungültig[3]), sodaß es beim ursprünglichen Vertrage verbleibt. Hierher gehört:

a) Wenn der Rücktrittsberechtigte den Untergang, die wesentliche Verschlechterung[4]) oder eine sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe der von ihm selbst zurückzugewährenden Gegenstände verschuldet hat. § 351 BGB. Es ist schon erwähnt, daß beim Obschweben des Rücktrittsrechts das Empfangene ordnungsmäßig zu behandeln ist[5]). Vor Allem gilt dies für den Rücktrittsberechtigten selbst. Es ist nicht mehr als gerecht, daß er im Zuwiderhandlungsfalle sein Rücktrittsrecht verliert[6]). Dem eigenen Verschulden des Rücktrittsberechtigten wird auch hier das derjenigen Personen gleichgestellt, deren Handlungen der Rücktrittsberechtigte zu vertreten hat[7]).

Ist die Unmöglichkeit nur eine zufällige, so schließt sie das Rücktrittsrecht nicht aus. Der Rücktrittsberechtigte soll dadurch nicht leiden. § 350 BGB.[8]). Er darf also, obschon er selbst nichts zurückgibt, seine eigene Leistung zurückfordern. Bei Geschäften mit vorbehaltenem Rücktrittsrecht trägt also der Gegner des Rücktrittsberechtigten immer die Gefahr[9]).

---

1) S. § 174 Note 9.

2) Auch diese kommen übrigens nur mangels anderweitiger Parteifestsetzung zur Anwendung.

3) Vgl. o. Bd. I § 80 zu Note 16.

4) Auch den Untergang eines erheblichen Theiles des Empfangenen.

5) S. § 174 Note 32 ff.

6) Vgl. dazu Eck in den Festgaben für Beseler (1885) S. 161.

7) Nach den Grundsätzen oben § 157 Ziff. II.

8) Dort ist nur vom Untergang die Rede. Dies ist um so mehr auf Verschlechterung der zurückzugebenden Objekte 2c. zu übertragen.

9) In dem oben § 168 Note 13 ff. besprochenen Sinne: also daß er für seine Leistung nichts bekommt. Und dies sogar noch nach vollständiger beiderseitiger Erfüllung des ursprünglichen Vertrages. Es wird auch nicht unterschieden, ob der Gegenstand in der betreffenden Zeit bei dem Gefahrtragenden ebenfalls

Wer das Rücktrittsrecht ausüben will, hat selbstverständlich zu beweisen, daß die Unmöglichkeit der Rückgabe, in der er sich befindet, nicht auf einem von ihm zu vertretenden Umstande beruht[10]).

b) Verwandt hiermit ist der Fall, da der Rücktrittsberechtigte, sein gesetzlicher Vertreter oder Gehülfe[11]) eine empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung (ganz oder zu erheblichem Theil) in eine Sache anderer Art umgestaltet hat und daher nicht in der alten Weise zurückgeben kann[12]). § 352 BGB.

c) Aehnlich liegt der Fall, wenn der Rücktrittsberechtigte über den empfangenen Gegenstand verfügte[13]) und ihn zur Rückgabe nicht wiedererlangen kann. Es liegt nahe zu sagen, daß auch diese Verfügung unbedingt zu vertreten sei, also den Rücktritt ausschließe. Indessen ist denkbar, daß der Rücktrittsberechtigte nach Lage der Sache darauf rechnen konnte, den Gegenstand rechtzeitig wiedereinzulösen[14]). Es werden daher die bei lit. a und b entwickelten Grundsätze auch auf diesen Fall übertragen. D. h. nicht schon durch die Verfügung selbst, sondern lediglich durch verschuldete Unmöglichkeit der Rückgabe zur Rücktrittszeit oder durch eine die Rückgabe verhindernde Umgestaltung der Sache wird der Rücktritt ausgeschlossen, wobei die Handlungen des dritten Erwerbers der zurückzugebenden Gegenstände den Handlungen des Rücktrittsberechtigten gleichstehen[15]). Somit ergibt sich in diesen Fällen ein Ausschluß des Rücktrittsrechts

a. bei einfacher Aufgabe der Restitutionsobjekte[16]), wenn sie verschuldet ist[17]). § 351;

untergegangen wäre, oder nicht. (Die Bestimmung wurde von der röm. a. redhibitoria entlehnt. Vgl. l. 31 § 11, l. 38 § 3, l. 44 § 2, l. 47 § 1, l. 48 Dig. de aedil. ed. 21, 1. Aber dort hatte der Gefahrtragende eine fehlerhafte Sache geliefert, also den Anlaß zur Vertragsauflösung gegeben, was hier keineswegs nothwendig der Fall ist. Ueber die Billigkeit der Textsätze läßt sich daher streiten. Wer ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht bewilligt, wird gut thun, den § 350 vertraglich auszuschließen.)

10) Kann er dies nicht, so ist der erklärte Rücktritt ungültig. S. auch Dernburg § 108 Ziff. VII.

11) S. o. Note 7 u. Cit.

12) Vgl. über die Umgestaltung § 950 BGB. u. unten das Sachenrecht. Diese facta propria sind unbedingt zu vertreten.

13) Wirklich verfügte (s. o. Bd. I § 74 Note 16), nicht blos sich zu einer solchen Verfügung verpflichtete. § 353 setzt voraus, daß ein Dritter den zurückzugebenden Gegenstand erlangt hat.

14) Z. B. die verpfändete Sache rechtzeitig auszulösen.

15) Der dritte Erwerber wird wie eine Art Gehülfe des Rücktrittsberechtigten in Ansehung der Rückgabe der erlangten Gegenstände behandelt. S. o. Noten 7 u. 11.

16) Z. B. Dereliktion, Schulderlaß ꝛc.

β. bei Veräußerung oder Belastung des Vertragsgegenstands, wenn darin eine schuldhafte Behandlung desselben gegenüber dem Vertragsgegner liegt und der Rücktrittsberechtigte zur Rücktrittszeit den Dritten nicht zur Herausgabe des Gegenstands bestimmen bezw. dessen Rechte nicht beseitigen kann[18]). Dies zeigt sich oft erst nach erklärtem Rücktritt. Ist danach der Rücktritt gültig[19]), so wirkt unter Umständen doch der dadurch bewirkte Verzug der Rücklieferung des Gegenstandes[20]).

Entsprechend ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn der Dritte den Untergang, die wesentliche Verschlechterung oder eine sonstige Unmöglichkeit der Rückgabe des veräußerten Gegenstandes verschuldet[21]) oder ihn durch Verarbeitung 2c. so umgestaltet hat, daß die Rückgabe unmöglich ist. Wie der Rücktrittsberechtigte diese Eventualitäten, wenn sie bei ihm selbst vorkommen, zu vertreten hat, so hat er sie auch zu vertreten, wenn sie in Folge seiner Verfügung beim dritten Erwerber vorkommen[22]).

Der freiwilligen Verfügung des Rücktrittsberechtigten werden auch hier diejenigen gleichgestellt, die im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter in einem gegen ihn eingeleiteten Verfahren erfolgen[23]). § 353 Abs. 2.

2. In anderen Fällen ist der erklärte Rücktritt gültig, aber er wird bei Eintritt gewisser Umstände nachträglich unwirksam[24]).

---

17) D. h. dem Vertragsgegner gegenüber verschuldet (als Mangel der zu fordernden custodia).

18) Für die Frage des Verschuldens ist das Verhalten des Rücktrittsberechtigten in Kombination mit dem des Dritten in's Auge zu fassen. Z. B. wenn dieser sich fügt und zurückweicht, kommt es nicht darauf an, ob die Verfügung an sich leichtsinnig war.

19) Z. B. weil der zurückzuliefernde Gegenstand thatsächlich noch vorhanden aber belastet ist.

20) S. § 354 BGB. u. unten Ziff. 2a. Daraus ergibt sich, daß die Frage der nachträglichen Unwirksamkeit des Rücktrittsrechts in diesem Falle bei entsprechender Behandlung nicht aufgeworfen zu werden braucht. Uebereinstimmend im Resultat Planck § 354 Note 2 und Oertmann Note 2. A. M. Schollmeyer § 353 Note 1. Gegen ihn spricht das in Note 18 Gesagte.

21) Fehlt das Verschulden, so gilt auch in dieser Beziehung das Note 8 ff. Gesagte. Doch darf dem Rücktrittsberechtigten kein selbständiges Verschulden zur Last fallen.

22) Vgl. o. Note 15 u. 18. Auch durch § 353 Abs. 2 wird das Gesagte bestätigt, wenn wir unterstellen, daß der Rücktrittsberechtigte in Folge unverschuldeter Unglücksfälle ausgepfändet wurde 2c.

23) Wie in zahlreichen anderen Fällen. S. z. B. Bd. I § 99 Note 10 u. §§ 704 ff., 916 ff. CPO., § 126 ff. KO.

24) Er steht unter ihnen wie unter einer besonderen Bedingung.

a) Hauptfall ist der Verzug des Rücktrittsberechtigten bei Rücklieferung des von ihm selbst Empfangenen (oder eines erheblichen Theiles). § 354. Die Gründe sind die obigen; die abweichende Konstruktion schließt sich nur der veränderten Sachlage an[25]). Der andere Theil braucht sich hier nicht mit Schadensersatz abspeisen zu lassen. Vielmehr kann er dem Rücktrittsberechtigten eine angemessene Frist für die Rückgabe setzen mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme ablehne[26]). Erfolgt die Rückgabe dann nicht innerhalb der Frist, so wird der Rücktritt unwirksam.

b) War der Rücktritt für den Fall bedungen, daß der andere Theil seine Verbindlichkeiten nicht erfülle, so ist selbstverständlich das Zutreffen dieser Thatsache Bedingung des Rücktrittsrechts. Hatte der andere Theil zur Zeit des Rücktritts eine zur Aufrechnung[27]) wider die Vertragsschuld geeignete Gegenforderung, so soll es als Erfüllung genügen, wenn er die Aufrechnung unverzüglich[28]) nach dem Rücktritt erklärt[29]). § 357. Die Rücktrittserklärung wird unwirksam, wenn die Gegenforderung zur Tilgung der Vertragsschuld ausreicht[30]).

Den Beweis der Erfüllung hat derjenige zu erbringen, der die Erfüllung behauptet, also den Rücktritt als unwirksam hinstellt. Nur wenn die Leistung in einem Unterlassen besteht, hat der Zurücktretende die stattgefundene Zuwiderhandlung darzuthun. § 358[31]).

c) Ebenso wird auch der Rücktritt gegen Reugeld behandelt, wenn die Erlegung des Reugelds nicht rechtzeitig erfolgt. § 359. Darüber unten § 176.

3. Endlich kann das Rücktrittsrecht durch Zeitablauf er-

---

25) Das Verschulden (§ 285 BGB.) liegt auch in dem oben Note 20 erwähnten Falle vor. Es kann sich aus dem Verhalten des Rücktrittsberechtigten und dritten Erwerbers der zurückzuleistenden Gegenstände zusammensetzen. S. Noten 15, 22.

26) Nach Art des § 326 BGB. Das Detail ergibt sich aus den dortigen Ausführungen. S. o. § 171 Note 9 ff. u. § 151 nach Note 8.

27) S. u. §§ 191 ff.

28) D. h. ohne schuldhaftes Zögern. Arg. § 121 BGB.

29) Also das bisherige Ausbleiben der Aufrechnungserklärung schadet nicht, da die Erklärung meist in der Voraussetzung unterblieb, daß auch der Gegner unter bewandten Umständen von seinen Gegenrechten keinen Gebrauch machen werde. S. auch unten § 193.

30) Andernfalls bleibt ein noch nicht gedeckter Rest der Hauptforderung übrig, der den Rücktritt rechtfertigt, — es sei denn, daß er zu unbedeutend ist.

31) Im Uebrigen beweist der Zurücktretende selbstverständlich immer sein Rücktrittsrecht und die erfolgte Rücktrittserklärung; es sei denn, daß es der Gegner ist, der sich auf beides beruft, um für sich Rechte daraus herzuleiten.

löschen[32]). Und zwar ohne Weiteres, wenn dessen Ausübung an eine Frist gebunden war. Aber auch abgesehen davon soll es nicht ewig dauern. Das Rücktrittsrecht ist kein Anspruch, wird also von der Verjährung nicht getroffen. Dafür wird dem Gegner des Berechtigten die Befugniß gegeben, für die Ausübung eine den Umständen nach angemessene Frist zu bestimmen[33]), mit deren Ablauf das Rücktrittsrecht erlischt. § 355 BGB.

4. Für mehrere Vertragsparteien[34]) ist die Ausübung des Rücktrittsrechts eine untheilbare Handlung. Die Ausübung kann also nur von Allen und gegen Alle erfolgen. Geschieht sie anders, so ist sie unwirksam[35]); ist das Rücktrittsrecht für einen Berechtigten erloschen[36]), so ist es für alle erloschen. § 356.

§ 176.

3. Rücktritt gegen Reugeld.

Ist der Rücktritt von einem Vertrage gegen Erlegung eines Reugelds vorbehalten, so kann dies sowohl im oben besprochenen regelmäßigen Sinne, wie als Kündigung gemeint sein[1]). Darüber entscheidet die Vertragsauslegung.

1. Hier ist nur hervorzuheben, daß die Abgangserklärung vom Vertrage in ihrer Wirksamkeit von der rechtzeitigen Erlegung des Reugelds abhängig ist[2]). § 359 BGB. ist auf beide bezeichneten Fälle anwendbar. Doch ist die Erklärung[3]) nicht von selbst un-

---

32) Selbstredend auch durch Verzicht. S. Bd. I § 74 zu Note 19. Davon ist hier nicht zu handeln. Aus § 86 eod. folgt auch, daß der Verzicht gegebenenfalls in einer Erfüllung des ursprünglichen Vertrags gefunden werden kann.

33) Empfangsbedürftige Willenserklärung Bd. I § 88. Ueber die Angemessenheit der Frist und über die Behandlung der Erklärung im Gegenfalle gelten die gewöhnlichen Regeln. S. o. § 151 Note 8 ff. — Es versteht sich von selbst, daß wenn die Ausübung des Rücktrittsrechts vom Eintritt eines Ereignisses abhing, die Fristsetzung vor Eintritt der Bedingung (der präsenten Rücktrittsmöglichkeit) überhaupt nicht erfolgen kann.

34) Seien es die ursprünglichen Parteien oder deren Erben. Mögen sie pro parte oder solidarisch betheiligt sein ꝛc.

35) Erfolgt rechtzeitige Nachholung seitens der Uebrigen, so kann sie noch wirksam werden. Steht fest, daß die Nachholung nicht mehr erfolgen kann, so ist die Erklärung ungültig. Vgl. Ziff. 1 u. oben Bd. I § 80.

36) Dasselbe ist auf Ausschluß und Unwirksamkeit des Rücktritts (oben Ziff. 1 u. 2) auszudehnen, sofern damit ein definitiver Wegfall des Rücktrittsrechtes verbunden ist.

1) Also ex tunc oder ex nunc. S. o. § 174 Note 22 ff.

2) S. o. § 175 Ziff. 2c.

3) Sie kann in der einfachen Erklärung bestehen, das Reugeld zahlen zu wollen.

wirksam, wenn mit ihr nicht zugleich das Reugeld angeboten wird. Sondern es ist Sache des Gegners, aus diesem Grunde die Erklärung zurückzuweisen, und zwar unverzüglich[4]) nach dem Empfange[5]). Wird das Reugeld alsdann noch unverzüglich[4]) entrichtet, so bleibt die Erklärung wirksam[6]).

Der Zurücktretende muß auch hier die Ordnungsmäßigkeit seines Rücktritts beweisen. Die rechtzeitige Zahlung des Reugelds gehört dazu nur unter der Voraussetzung, daß der Gegner zunächst dargethan hat, daß er mangels Erlegung des Geldes die Erklärung rechtzeitig zurückgewiesen habe[7]).

2. Das Reugeld ist keine Vertragsstrafe[8]), denn seine Zahlung ist nur ein Recht der Partei, keine Pflicht[9]). Von der Draufgabe mit Reuzweck[10]) unterscheidet es sich dadurch, daß es nicht beim Vertragsschluß schon gegeben ist, sondern nur eventuell gegeben werden kann. Der Vertragsschuldner hat die Wahl, ob er die Hauptverbindlichkeit erfüllen oder das Reugeld zahlen will. Doch gilt dies nur für ein willkürliches Abgehen vom Vertrage. Besteht das Recht, von dem Vertrage abzugehen, aus anderem Grunde[11]), so verfällt bei dessen Ausübung das Reugeld nicht.

B. Draufgabe*.

§ 177.

Draufgabe ist eine beim Vertragsschluß dem anderen Theil unmittelbar gemachte und von ihm angenommene Real-

4) D. h. ohne schuldhaftes Zögern. § 121 BGB.

5) Auch diese Zurückweisung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Bd. I § 88.

6) Also sowohl die Rücktrittserklärung, wie die Zurückweisungserklärung sind in ihrer Wirksamkeit bedingt. Erstere in der oben erwähnten Weise, letztere durch die zulässige Nachholung der Entrichtung des Reugelds.

7) Der Nachweis rechtzeitiger (d. i. hier der unverzüglichen Nach-) Zahlung bleibt also der Replik des Klägers vorbehalten. So auch nach der Wortfassung des § 359 BGB. A. M. Dernburg § 110 Ziff. 3.

8) S. u. § 178.

9) Es gilt also nicht das richterliche Ermäßigungsrecht des § 343 BGB. 2c. Der Ausdruck „Wandelpön", der für das Rücktrittsrecht in diesem Falle vorkommt, ist nur im uneigentlichen Sinne zu nehmen.

10) Arrha poenitentialis. S. § 336 Abs. 2 BGB. u. unten § 177 Ziff. 1. Es gilt also auch nicht die dortige Vermuthung gegen den Reuezweck.

11) Z. B. ein kraft Gesetzes an den Eintritt bestimmter Umstände geknüpftes Rücktritts- oder Kündigungsrecht. — Ebenso wenn die Verpflichtungen aus dem Vertrage ipso iure zusammenfallen.

*) Jagemann, Die Draufgabe (1873); Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 415 ff.; Stammler S. 164; Dernburg § 99; Endemann I § 107; Cosack § 94; Mathiaß I § 88; Enneccerus I § 185.

zuwendung von Geld oder anderen Dingen[1]), die nicht als Schenkung (Handgeschenk) gemeint ist, sondern als Handgeld mit Beziehung auf den gleichzeitigen Vertrag: also mit diesem (als besondere Klausel) in Verbindung steht[2]). Die Klausel selbst hat den Charakter eines Realgeschäfts[3]).

Der Zweck der Klausel kann verschieden sein.

1. Das Handgeld kann als Reugeld gemeint sein (arrha poenitentialis). D. h. es wird dem Vertrag die Abrede hinzugefügt, daß der Geber gegen Verlust des Handgelds vom Vertrage zurücktreten könne[4]).

2. Im Zweifel aber hat das Handgeld nicht diese Bedeutung[5]). § 336 Abs. 2 BGB. Die Hingabe ist nach der gewöhnlichen Verkehrsauffassung keine Abschwächung, sondern eine Bestärkung des Vertrages. Gerade deshalb geht man vom bloßen Wort zu Thaten über[6]). Die Bestärkung ist nun in doppelter Hinsicht möglich.

a) Die Draufgabe soll ein sichtbares Zeichen des Vertragsabschlusses sein. Sie hebt den Abschluß deutlich von den Vorverhandlungen ab. Jede Partei bezeugt durch Geben und Nehmen des Handgelds die vollendete Einigung[7]). So namentlich bei allen formlosen Verträgen. Vgl. § 336 Abs. 1 BGB.

b) Die Draufgabe kann aber auch als materielles Bestär-

---

1) Das BGB. § 336 drückt sich so allgemein wie möglich aus. „Wird ... etwas als Draufgabe gegeben ....". Besteht es in Geld, so spricht man auch wohl von Angeld, Handgeld. Ein allgemeiner Ausdruck ist Arrha, der jetzt für die deutsche Sprache durch Draufgabe ersetzt wird.

2) Nur zuweilen ist das Geben und Nehmen des Handgelds Form des Vertragsschlusses, so in der preuß. Gesindeordnung v. 8. November 1810 § 23 (fortgeltend nach Art. 95 EG.BGB.): „Mieth- oder Dingpfennig". Allgemein war dies die Bedeutung im älteren deutschen Recht, weil dort der formlose Vertrag noch nicht als bindend angesehen wurde, bis er von einer Seite erfüllt war. So ersetzte das Handgeld die Erfüllung (ähnlich wie bei der röm. mancipatio das hingegebene as den Kaufpreis). Die Arrha in diesem Sinne wurde nicht stets auf den Kaufpreis angerechnet, sondern oft geopfert (Gottespfennig) oder vertrunken (Weinkauf). S. Stobbe i. d. Ztschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 221 ff., 240 ff.

3) S. über die Realgeschäfte oben Bd. I § 86 zu Note 9.

4) Aehnlich wie oben § 176.

5) In Uebereinstimmung mit dem ehemaligen gemeinen Recht, dem Preuß. A.LR. (I Tit. 5 § 205) und alten HGB. Art. 285. Anders Code Nap. Art. 1590, 1715.

6) Man spricht daher auch von arrha confirmatoria.

7) Die Hingabe der arrha erfolgt probationis causa. Es liegt darin der Abschluß eines Beweisvertrages für das Hauptgeschäft. (Nicht ganz genau sagt man auch, die arrha sei Beweismittel.) Vgl. schon l. 35 pr. Dig. de contr. emt. 18, 1 (ut evidentius probari possit, convenisse). Gegenbeweis ist zulässig.

kungsmittel des Hauptvertrages gemeint sein[8]). Dies kommt in folgender Art vor.

α. Sie hat Straffunktion. D. h. um des gegebenen Angelds willen darf vom Vertrage nicht zurückgetreten werden[9]); kommt es aber sonst durch ein vom Geber zu vertretendes Verhalten zur Vertragsaufhebung, so ist das Angeld verloren. Diese Strafnatur hat die Draufgabe neben ihrem Hauptzweck regelmäßig. S. § 338 BGB.[10]).

β. In einer besonderen Anwendung erscheint die Draufgabe bei Vorverträgen[11]). Hier bezweckt sie eine materielle Sicherung für den Abschluß des Hauptgeschäfts, z. B. eines Darlehens oder eines anderen Vertrags auf Rückgabe. Oder wenn für den Hauptvertrag eine Form (schriftliche Abfassung u. dgl.) festgesetzt ist, eine Sicherung für die Beobachtung dieser Form[12]).

3. Die Draufgabe ist hiernach scharf von einer Anzahlung auf die bedungenen Vertragsleistungen zu unterscheiden. Sie charakterisirt sich durch ihren Zweck[13]). Regelmäßig soll das Gegebene in's Eigenthum des Empfängers übergehen. Dieser Effekt wird durch die Uebergabe erreicht[14]).

a) Kommt es zur Erfüllung des Hauptvertrages, so ist die Draufgabe im Zweifel auf die Leistung des Gebers anzurechnen. Daher der Name „Angeld“[15]). Ist die Anrechnung wegen Ungleichartigkeit der beiden Leistungen nicht möglich, so ist das

---

8) Und zwar auch neben ihrem Hauptzweck, ein Zeichen des abgeschlossenen Vertrages zu sein.

9) Wie im Falle Ziff. 1. — Schon die Römer kannten diese Bedeutung der arrha. Vgl. l. 6 pr., l. 8 Dig. de lege comm. 18, 3.

10) Die arrha hat bei uns Beweis- und Straffunktion. Selbstverständlich sind aber diese Bestimmungen nur dispositiv.

11) S. o. § 167 Ziff. II. Man spricht hier auch von einer arrha pacto imperfecto data. Die röm. Auffassung, daß hier der Empfänger der arrha, wenn er den Abschluß des Hauptvertrags verweigert, das Angeld im doppelten Betrag zurückgeben müsse, ist nicht die unsrige, und dies daher im Zweifel nicht anzunehmen.

12) Z. B. die schriftliche Abfassung des Miethvertrags wird ausgemacht und durch Angeld gesichert. Vgl. Bd. I § 87 zu Note 29. — Wegen gesetzlicher Formen des Hauptgeschäfts s. o. § 167 Note 21. Es kommt darauf an, ob die Form im öffentlichen Interesse besteht. Diesenfalls ist ein Zwang auf Beobachtung der Form auch in dieser Gestalt unstatthaft. Daher ist der Verlobungsring Brautgeschenk, nicht arrha in diesem Sinne; anderseits ist er Zeichen des abgeschlossenen Verlöbnisses im Sinne von Ziff. 2a. S. § 1301 BGB.

13) Ob dieser Zweck bei der Hingabe vorlag, ist nöthigenfalls durch Auslegung zu ermitteln.

14) S. § 929 BGB. u. unten das Sachenrecht. Konsumtion der arrha ist daher regelmäßig keine Unterschlagung.

15) Dies folgt unmittelbar aus dem Ziff. 2 Gesagten. Eine Zugabe zu den bedungenen Vertragsleistungen ist regelmäßig nicht beabsichtigt.

Empfangene zurückzugeben. § 337 Abs. 1. Zurückzugeben ist die Draufgabe (wenn sie nicht Reugeld ist) ferner auch beim Zusammenfallen des Hauptvertrages — mag er nichtig, angefochten, durch zulässigen Rücktritt oder durch Uebereinkunft der Parteien aufgehoben sein. § 337 Abs. 2. Der Rückforderungsanspruch richtet sich nach der Sachlage: nach der Uebereinkunft der Parteien, den Regeln des Rücktrittsrechts[16]) bezw. der Zurückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung[17]).

b) Daneben macht sich dann unter Umständen auch noch die Strafnatur der Draufgabe geltend. Wenn nämlich der Geber nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich dafür ist, daß seine Vertragsleistung unmöglich wurde[18]), oder wenn er durch sein Verschulden die Wiederaufhebung des Vertrages veranlaßte[19]), so darf der Empfänger die Draufgabe behalten. Fordert der Empfänger jedoch (aus den betreffenden Umständen) Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Draufgabe auf diesen Schadensersatz im Zweifel wieder anzurechnen[20]). § 338.

C. Vertragsstrafe*.

§ 178.

Vertragsstrafe ist eine zum Zweck der Sicherung einer anderen Verbindlichkeit[1]) versprochene Geld- oder sonstige Leistung[2]) für den Fall, daß der Schuldner die Hauptver-

16) S. o. § 174.

17) Condictio ex causa finita. S. § 812 ff. u. unten §§ 317 ff. So besonders bei Nichtigkeit des Hauptvertrages.

18) Vgl. o. § 157.

19) Z. B. er gibt durch eigenen Leistungsverzug dem Gegner Veranlassung, nach § 326 BGB. von dem Vertrage zurückzutreten.

20) Resp. wenn dies wegen Ungleichartigkeit der beiden Leistungen nicht möglich ist, zurückzugeben. Auch hier soll regelmäßig der Empfänger nicht Doppeltes erhalten.

*) Vgl. Wendt, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 22 S. 398; Neuenfeld, Ist die Konventionalstrafe Strafe oder Ersatzleistung? (1885); v. Seeler, Zur Lehre von der Konventionalstrafe (1891); Pergament, Konventionalstrafe u. Interesse (1896); Sjögrén, Konventionalstrafe u. Strafklauseln der fränkischen Urkunden (1896); Fuld i. Sächs. Archiv f. bürg. Recht Bd. 9 S. 337. — Stammler S. 159 ff.; Dernburg §§ 100—103; Endemann I § 133; Cosack § 93; Mathiaß I § 89; Enneccerus I § 186.

1) Gleichgültig welcher Art und welchen Ursprungs. Gleichgültig ist auch der Gegenstand der Hauptverbindlichkeit (Geben, Thun, Unterlassen). Sie kann auf eine vermögenswerthe oder nicht vermögenswerthe Leistung gehen (gerade bei letzteren ist die Veredung einer Vertragsstrafe nach I Ziff. 2 unten besonders häufig).

2) Z. B. Leistung einer Sache oder eines anderen Gegenstandes, oder von Arbeit; Verzicht auf ein Recht ꝛc. Am häufigsten ist Geldzahlung.]

bindlichkeit nicht oder nicht gehörig erfüllen werde. §§ 339, 342 BGB. In der Verabredung liegt ein materielles Bestärkungsmittel der Hauptschuld, wie es unter Umständen auch die Draufgabe enthält[3]). Die Strafe soll bei vertragswidrigem Verhalten der Partei verfallen; daher, wenn sie einem Vorvertrage beigefügt wird, auch dann, wenn die Partei sich weigert, den Hauptvertrag abzuschließen.

Die Strafklausel ist regelmäßig ein Schuldversprechen[4]) und zwar ein bedingtes[5]). Ihr Gegenstand pflegt höher zu sein als das Angeld, und sie beschränkt sich nicht auf Sicherung von Verträgen.

I. Immerhin muß eine Hauptverbindlichkeit bestehen. Vertragsstrafe ist also nicht ein einfach bedingtes Schuldversprechen[6]). Sondern das Verhalten, welches durch das bedingte Strafversprechen befördert werden soll, muß selbst Inhalt eines gültigen Schuldverhältnisses sein. Die Verpflichtung zur Entrichtung einer Vertragsstrafe ist also ein accessorisches Schuldversprechen. Darauf sind die Regeln der §§ 339 ff. angelegt; andernfalls würden sie vielfach nicht passen. Daher darf auch die Hauptverbindlichkeit nicht unwirksam sein[7]); das Versprechen ist in diesem Falle geradeso unwirksam wie die Hauptverbindlichkeit. § 344 BGB. S. noch unten Ziff. 3.

1. Der Gegenstand der Strafleistung kann von aller Art[8]) — doch muß es eine besondere Leistung sein. Es genügt nicht, wenn der versprochene Nachtheil lediglich in einer Modifikation des Hauptschuldverhältnisses besteht[9]). Daß die Strafe an einen Dritten

---

3) Oben § 177 Ziff. 2b. Dagegen fehlt regelmäßig der Beweiszweck (cod. Ziff. 2a), und die Verabredung einer Vertragsstrafe ist auch mit Bezug auf andere als vertragsmäßige Verbindlichkeiten zulässig.

4) Kein Realvertrag, wie die Draufgabe. S. o. § 177 Note 3.

5) Für den Fall der Nicht- oder nicht gehörigen Erfüllung der Hauptverbindlichkeit. Die Absicht ist: der Versprechende soll durch die Pflicht, bei Eintritt der Bedingung die Strafe zu zahlen, zu dem entgegengesetzten Verhalten bewogen werden. S. schon l. 71 Dig. de V. O. 45, 1.

6) Obschon auch ein solches selbstverständlich vorkommt. S. dazu oben Bd. I §§ 79, 85, 97 ff. u. l. 115 § 2 Dig. de V. O. 45, 1. Der Grundsatz der Herabsetzung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe (§ 343 BGB.: s. u. Ziff. II) ist auf das selbständige Strafversprechen anwendbar. S. das. Abs. 2. (Sonst wäre der Grundsatz nicht durchzuführen.) — Im Uebrigen genügt Anwendung der allgemeinen Regeln (z. B. über die Erlaubtheit des Versprechens).

7) S. o. Bd. I §§ 80 ff. Also insbesondere nicht ungültig (nichtig oder mit Erfolg angefochten). Z. B. ist ein Grundstück formlos unter Vertragsstrafe verkauft, so trifft die Nichtigkeit des Hauptvertrags auch die Strafklausel. Vgl. die entsprechende Bestimmung oben § 167 Note 21. — Bei bloßer Anfechtbarkeit des Hauptgeschäfts kann in der Strafberedung eine Bestätigung liegen.

8) S. o. Note 2.

9) Z. B. daß bei Zuwiderhandlung der Versprechende alle seine Rechte aus dem Vertrage verlieren solle. Dies wäre keine Vertragsstrafe, sondern

zu entrichten ist, thut dem Begriff der Strafklausel keinen Eintrag. Sie kann sich mit einem Vertrag zu Gunsten Dritter[10]) kombiniren.

2. Strafklauseln sind im Verkehrsleben außerordentlich häufig. Unentbehrlich sind sie geradezu, wo eine nicht vermögenswerthe Leistung versprochen ist und die Zwangsvollstreckung versagt[11]). Denn eine Geldentschädigung kann hier nicht ohne Weiteres verlangt werden (§ 253 BGB.): dagegen kann man sich eine solche auf dem Wege vertragsmäßiger Festsetzung sichern.

Vielfach wird überhaupt gesagt, daß die Vertragsstrafe das Interesse[12]) decke. Dies ist nur im übertragenen Sinne richtig, insofern der Gläubiger in der Strafe ein bequemes Ersatzmittel hat, das ihn der Mühe des Nachweises seines Interesses an der Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit überhebt. Oft wird er sich damit begnügen. Er braucht dies aber nicht. S. § 340 Abs. 2 BGB. Der eigentliche Zweck der Strafklausel ist daher nicht, das Interesse zu decken[13]), sondern den Schuldner zur gehörigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit anzutreiben. Dieser Zweck ist von der Interesseleistung unabhängig.

3. Die Abhängigkeit des Strafversprechens von der Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit hat folgende Konsequenzen[14]).

a) Unvollkommene Schuldverhältnisse sind nicht unwirksam[15]). § 344 BGB. findet daher auf sie keine Anwendung. Es ist auch nicht abzusehen, weshalb der Mangel der Klagbarkeit alle indirekten Zwangsmittel ausschließen soll. Es kann sich vielmehr nur darum handeln, aus welchem Grunde das Gesetz der Hauptverpflichtung die Klagbarkeit versagt. Thut es dies, weil es die Hauptverpflichtung überhaupt mißbilligt, so duldet es auch keine indirekte Erzwingung derselben durch Vertragsstrafe[16]). Anders in den übrigen Fällen[17]).

---

bedungener Rücktritt (clausula cassatoria). S. o. §§ 174 ff. Es läge keine Bestärkung, sondern eine Abschwächung des Vertrages vor. — Aehnlich ist es keine Vertragsstrafe, wenn der Lohn eines Arbeiters bei gewissen Verfehlungen desselben gekürzt werden soll ꝛc.

10) S. u. §§ 179 ff.

11) S. darüber oben § 141.

12) Vgl. o. § 151.

13) Dies betonte zu einseitig das Preuß. A.L.R. (I Tit. 5 § 292).

14) Eine andere Konsequenz der Abhängigkeit ist: bei Abtretung der Hauptforderung (§ 398 BGB.) gilt die Strafforderung im Zweifel als mitabgetreten (accessio cedit principali). S. noch unten § 200 Ziff. I. Anders nach Verfall der Strafe.

15) S. o. § 140.

16) S. die Fälle oben § 140 Ziff. 1 (bei Spiel, Lotterie, Ehemakellohn).

b) Ist die Erfüllung des Schuldverhältnisses von vornherein unmöglich, so ist es nichtig, also die Strafverbindlichkeit unwirksam[18]). Der Fall des § 307 BGB. macht keine Ausnahme. Die Kenntniß der Unwirksamkeit der Hauptverpflichtung ist nach § 344 gleichgültig. Das negative Vertragsinteresse, das die in ihrem Vertrauen auf das Zustandekommen des Hauptvertrags getäuschte Partei unter Umständen verlangen kann[19]), muß sie beweisen können. Es wird nicht einfach durch die Vertragsstrafe gedeckt.

Eine nachträgliche Unmöglichkeit der Hauptleistung kommt für die Strafklausel nur in Betracht, wenn die Unmöglichkeit auf einem nicht vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht. Denn nur dann ist die Hauptverbindlichkeit erloschen (§§ 275, 323 BGB.). Folglich auch diejenige auf die Vertragsstrafe[20]). Geht die Hauptverpflichtung auf ein Unterlassen, so verfällt die Strafe sogar mit der Zuwiderhandlung, gleichgültig ob das Handeln ein zufälliges war[21]). § 339 i. f.

Dagegen führt eine zu vertretende Unmöglichkeit der Hauptleistung den Verfall der Strafe immer herbei, da hierdurch die Hauptverbindlichkeit keineswegs aufgehoben wird. Steht die Unmöglichkeit fest, so ist auch eine besondere Mahnung des Schuldners nicht zu verlangen[22]).

c) Steht der Hauptverbindlichkeit eine Einrede entgegen,

Das Gesetz gebraucht in diesen Fällen die Wendung: durch das Spiel ꝛc. wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. S. §§ 656, 762 BGB.

17) Diese Unterscheidung verkennen die meisten Schriftsteller.

18) Aehnlich im Falle oben § 166 II Ziff. 1.

19) S. o. § 166 Note 15 ff.

20) Dabei hat der Gläubiger nur Strafklausel und Nichterfüllung zu beweisen. Der Schuldner hat, wie gewöhnlich, den Beweis seiner Schuldlosigkeit ꝛc. zu führen. S. u. Note 47 ff.

21) Ein positives Handeln ist also in diesem Sinne stets zu vertreten.

22) Dies ist wegen § 339 BGB. besonders hervorzuheben, der die Strafe für verwirkt erklärt, wenn der Schuldner „in Verzug kommt". Damit soll aber nur gesagt sein, daß die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruhen müsse, was, wenn die Leistung noch möglich ist, rechtlich nur in Gestalt des Verzugs beachtet wird. Ist die Leistung unmöglich geworden, so kommt der Schuldner überhaupt nicht mehr in Verzug. Wohl aber wird der Gläubiger durch § 339 in den Stand gesetzt, (ähnlich wie in § 283 BGB.) die etwaige Unmöglichkeit der Leistung zu ignoriren und auf Grund der Mahnung die Strafe zu fordern. — Auch insofern ist die Textfassung des § 339 wichtig, als danach eine im Annahmeverzug des Gläubigers eingetretene Unmöglichkeit der Leistung regelmäßig keinen Verfall der Vertragsstrafe herbeiführt. Denn sie schlösse sogar den Verzug des Schuldners aus (s. o. § 165). Um so mehr, wenn der Gläubiger die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit verschuldet hat. (Vgl. auch die Argumente aus § 324 BGB. und ferner den Text bei Note 44 ff.)

so kann solange die Vertragsstrafe nicht verfallen. Das Vorliegen einer ausschließenden Einrede führt also die Unwirksamkeit der Strafklausel herbei. Dies folgt schon daraus, daß der Schuldner der Hauptverbindlichkeit beim Bestehen einer Einrede nicht in Verzug kommt. § 339 BGB.[23]).

d) War die Hauptschuld vor Verfall der Vertragsstrafe erloschen (z. B. durch Zahlung, Aufrechnung 2c.), so gilt das Gleiche.

e) Besonders schwierig sind die Fälle, in denen der Inhalt des Hauptvertrags sachlichen Beanstandungen unterliegt[24]). Denn gerade derartigen Vertragsberedungen soll meistens durch Hinzufügung einer Strafklausel praktische Wirkung und Nachdruck verliehen werden. Im Allgemeinen ist hier auf das über unzulässige Geschäfte resp. unerlaubte Bedingungen Gesagte[25]) zurückzugehen. Etwas aus öffentlichrechtlichen Gründen Verbotenes[26]) kann nicht durch Strafklausel gesichert werden. Dagegen geht die Unwirksamkeit der Strafklausel auch nicht weiter als das Verbot. Z. B. insoweit ein Konkurrenzausschlußvertrag gültig ist[27]), ist es auch die zu seiner Bekräftigung beigefügte Vertragsstrafe[28]). Soweit die vertragliche Aufgabe der wirthschaftlichen Freiheit des Individuums verboten ist[29]), kann die für ein gewisses Verhalten bedungene Vertragsstrafe die Bethätigung der Freiheit nicht verhindern[30]). Abgesehen von dieser Bethätigung aber trifft das Verbot nicht, — sind also bedungene Strafen gültig und können verfallen[31]).

---

23) Anders, wenn die Vertragsstrafe schon verfallen war und die Einrede erst nachher entsteht. Der entstandene Strafanspruch wird dadurch nicht ohne Weiteres aufgehoben.

24) Wegen Verletzung von Formvorschriften s. schon oben Note 7.

25) S. o. Bd. I § 85, § 97 zu Note 11 ff.

26) Sei es direkt oder indirekt, — absolut verboten oder im Fall der Verbindung mit davon abhängigen Vermögensinteressen.

27) S. Bd. I § 85 Note 8. — Ueber die Frage, ob die Klausel nicht im gegebenen Fall als Wandelpön (s. o. § 176) aufzufassen sei, entscheidet die Vertragsauslegung. S. dazu Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 141 ff., Bd. 40 S. 100.

28) Bei Handlungsgehülfen und Handelslehrlingen geben §§ 74—76 HGB. besondere Bestimmungen. Danach hat die Verabredung gesetzlich den Charakter einer Wandelpön. S. auch Dernburg § 101 III Ziff. 5, und über die Unzulässigkeit der Erstreckung des Konkurrenzausschlußverbots auf Fabrikarbeiter 2c. besonders Kohler im Archiv f. civ. Praxis Bd. 84 S. 1.

29) Vgl. z. B. §§ 723, 749 BGB. Niemand kann gezwungen werden, in einer ungetheilten Gemeinschaft zu verbleiben. Dies gilt auch für Kartelle, Ringe, Syndikate im gewerblichen Leben (um die Preise von gewissen Produkten auf bestimmter Höhe zu erhalten) 2c. Vgl. dazu Kohler, Archiv f. bürg. Recht Bd. 5 S. 218 ff.; Dernburg a. a. O. Ziff. 3.

30) Z. B. den Austritt aus dem Kartell.

31) Z. B. für Abgabe von Waaren unter dem festgesetzten Preise.

II. Auch insoweit die Strafklausel nach dem Gesagten zulässig und wirksam ist, würde eine unbeschränkte Zulassung in Ansehung der Höhe dem sozialen Interesse zuwiderlaufen. Dem wirthschaftlich schwächeren Schuldner werden oft unverhältnißmäßig hohe Vertragsstrafen zugemuthet, — Strafen, die den Werth der geschuldeten Hauptleistung erheblich übersteigen. Gegen einen solchen Mißbrauch des Strafversprechens hat die Gesetzgebung der neueren Zeit auf verschiedene Weise anzukämpfen versucht[32]). Liegt in der Straffestsetzung ein wucherischer Vertrag, so ist das Versprechen schon nach den allgemeinen Wuchervorschriften nichtig[33]). Praktisch wichtiger ist die Bestimmung, daß die verwirkte Strafe, wenn sie nach objektiver Verkehrsanschauung unverhältnißmäßig hoch ist, auf Antrag des Schuldners durch gerichtliches Urtheil auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden darf. § 343 BGB.[34]). Ebenso schon in § 4 Abs. 1 d. RG. v. 16. Mai 1894 betr. die Abzahlungsgeschäfte. Dagegen unterliegen die von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochenen Vertragsstrafen dem richterlichen Ermäßigungsrecht nicht. § 348 HGB. Hier würde die soziale Schutzvorschrift ihren Zweck verfehlen.

Von der Ermäßigung gilt im Einzelnen:

1. Sie erfolgt nur durch den Richter. Es muß also der Schuldner entweder auf Ermäßigung klagen[35]) oder sie im Wege der Vertheidigung wider die Strafforderung beantragen. Der Antrag kann sich auf „angemessene" Herabsetzung beschränken[36]). Auf Geldstrafen

32) Das röm. Recht und das alte Handelsgesetzbuch hatten die Höhe der Vertragsstrafe dem freien Belieben der Parteien anheimgegeben. Aber schon in der gemeinrechtlichen Praxis versuchte man die andere Bestimmung Justinians, daß die Interesseforderung den doppelten Werth des ursprünglichen Schuldgegenstands nicht übersteigen dürfe, auf die Strafklausel zu übertragen. Im Anschluß daran verordnete dann das Preuß. ALR. (I Tit. 5 § 299 ff.), daß die Strafe das doppelte Interesse des Gläubigers an der Erfüllung des Hauptschuldverhältnisses nicht überschreiten dürfe (was die praktische Brauchbarkeit des ganzen Instituts in Frage stellte). Im franz. Recht (Code Nap. Art. 1231) wurde das jetzt angenommene richterliche Ermäßigungsrecht der Strafe erfunden.

33) S. o. Bd. I § 85 Ziff. 2a. Aber eine Bewucherung ist gerade hier sehr schwer nachweisbar.

34) Die Bestimmung ist in Abs. 2 zur Verhütung von Gesetzesumgehungen auch auf das selbständige (nicht accessorische) Strafversprechen erstreckt. S. o. Note 6. — Wegen Geschäften vor dem 1. Januar 1900 s. Entsch. d. RG. Bd. 44 S. 59.

35) Aehnlich wie nach § 315 Abs. 3 BGB. auf Bestimmung des ursprünglichen Leistungsinhalts durch Urtheil. S. o. § 146 gegen Ende.

36) Natürlich wird es Sache des Schuldners sein, in Zweifelsfällen geeignete Gründe für die Herabsetzung in's Feld zu führen und unter Beweis zu stellen.

beschränkt sich das Ermäßigungsrecht nicht. Die Ermäßigung geschieht im gerichtlichen Urtheil.

2. Die Höhe im Einzelfall hat das Gericht nach freiem Ermessen festzusetzen. Das Gesetz hebt hervor, daß bei der Beurtheilung jedes berechtigte Interesse des Gläubigers[37]), nicht blos seine Vermögensinteressen an der Hauptleistung in Rücksicht zu ziehen sind[38]). Im Uebrigen sind die Gesammtumstände entscheidend (also z. B. auch die Vermögenslage des Schuldners[39]), der Werth der Hauptleistung ꝛc.). Und zwar ist richtiger Ansicht nach dabei auf die Zeit des Urtheils, nicht des Vertragsschlusses oder der Verwirkung der Strafe zu sehen[40]).

3. Die Strafe muß verwirkt, aber sie darf noch nicht entrichtet sein. Eine Zurückforderung findet nicht statt. Hat der Schuldner die Strafe gezahlt, so zeigte er damit, daß er sie zahlen konnte.

III. Der Verfall oder die Verwirkung der Vertragsstrafe steht unter folgenden Grundsätzen.

1. Die alte Streitfrage, ob zum Verfall der Vertragsstrafe ein vom Schuldner zu vertretender Umstand erforderlich sei[41]), wird dahin gelöst, daß regelmäßig Verzug (also ein zu vertretendes Verhalten des Schuldners) verlangt wird[42]). Bei Schuldverhältnissen auf Unterlassen wird die Strafe dagegen schon mit der Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung verwirkt. § 339 BGB.[43]).

---

37) Also auch ideale Interessen, solche der Bequemlichkeit ꝛc.

38) Dies erklärt sich ohne Weiteres aus dem Zweck der Vertragsstrafe, gerade für nicht vermögenswerthe Leistungen und Interessen einen Rechtszwang zu schaffen.

39) Wenn Dernburg § 102 i. f. hiergegen anführt, das Recht solle für Arm und Reich gleich sein, so ist darauf zu erwidern, daß eine soziale Schutzvorschrift eben eine materielle Gleichheit, nicht eine blos formale (ziffermäßige) erstrebt. S. auch die Analogie des (deutlicher redenden) § 829 BGB.

40) Z. B. das unter eine sehr hohe Strafe gestellte Konkurrenzverbot (oben Note 27 ff.) war zur Zeit des Vertragsschlusses wirthschaftlich sehr werthvoll, da ein Geschäftsgeheimniß zu wahren war. Zur Zeit der Verwirkung der Strafe oder des Urtheils ist dieses längst verrathen oder durch andere Erfindungen überholt. Der jetzige Werth des Verbots ist für die Strafe entscheidend.

41) An sich könnte man sagen, die Strafklausel sei ein bedingtes Versprechen, die Strafe verfalle also auch, wenn einfach der Bedingung zuwidergehandelt sei. Dies nahmen auch die Römer an. Doch ließen sie nach und nach allerlei außerhalb der Sphäre des Schuldners liegende Umstände als Entschuldigung zu. Vgl. Mann, Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten? (Gött. Diss. 1890.) Die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches schließt sich an das franz. und sächs. Recht an.

42) S. über die Voraussetzungen des Verzugs oben § 161 und insbesondere § 285 BGB. (mora ist culpa).

43) S. o. Note 21—22. Die Zuwiderhandlung kann hier überhaupt nicht

Dies ist auf Verpflichtungen zu einem Geben oder Thun, auch wenn sie *unmöglich geworden* sind, nicht zu übertragen. Vielmehr verfällt hier die Strafe nur, wenn die Unmöglichkeit[44]) auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande beruht[45]).

Ebenso ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen, daß die Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht die Strafe dann nicht zum Verfall bringt, wenn der Gläubiger selbst durch sein Verschulden das entgegengesetzte Thun veranlaßte oder wenn letzteres durch höhere Pflicht geboten war[46]).

Was den *Beweis* anlangt, so hat der Gläubiger[47]) die *Fälligkeit* der Hauptschuld und je nachdem die *Mahnung*[48]) oder die *Unmöglichkeit der Erfüllung* der Hauptschuld, — bei Verbindlichkeiten auf Unterlassen die erfolgte *Zuwiderhandlung*[49]) zu beweisen. Der Schuldner hat demgegenüber die gehörige Erfüllung darzuthun oder, soweit der Verfall der Strafe dadurch ausgeschlossen wird, daß die Erfüllung durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand verhindert worden sei[50]). § 345.

Unvollständige Erfüllung führt regelmäßig den Verfall der ganzen Strafe herbei.

2. Durch den Verfall der Strafe soll der Gläubiger grundsätzlich *nicht Doppeltes* erhalten. Da aus der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen auch ein *Schadensersatzanspruch* des Gläubigers hervorgeht, fragt sich, inwieweit die Strafe *neben der Erfüllung der Hauptschuld resp. dem Schadensersatz* verlangt werden kann.

Verzug sein (s. o. § 158 Ziff. 3). Positiv ist nur, daß die objektive Zuwiderhandlung genügt.

44) Der Gläubiger, der die Strafe fordert, kann aber nach Note 22 die Unmöglichkeit ignoriren und sich einfach auf den Standpunkt des Leistungsverzugs stellen (wozu er den Schuldner eventuell mahnen muß).

45) Auch läßt sich aus § 339 schließen, daß *die Verwirkung der Strafe nicht vor Fälligkeit der Hauptschuld eintritt*, obschon die Unmöglichkeit der Erfüllung vielleicht schon früher feststeht. Diese Frage war schon unter den röm. Juristen streitig. Vgl. l. 113 pr. Dig. de V. O. 45, 1 u. l. 124 Dig. eod. sowie l. 10 § 1 Dig. si quis caut. 2, 11. *Kohler* im Archiv f. civ. Praxis Bd. 84 S. 29.

46) Arg. §§ 157, 242, 324 BGB. und oben Note 22. A. M. *Cosack* § 93 Ziff. 4d. Wie hier *Dernburg* § 103 Ziff. I i. f. Hält man den Dispositivcharakter des § 339 fest, so kann man für diesen Fall die Verwirkung der Strafe nicht als gewollt annehmen.

47) Neben der Strafklausel, die er selbstverständlich zu beweisen hat.

48) S. o. Noten 44 u. 45. Ausnahme, soweit nach Inhalt des Schuldverhältnisses überhaupt keine Mahnung erforderlich ist. Darüber s. o. § 161 Ziff. 3.

49) Denn diese ist hier der Grund des Strafanspruchs. S. auch § 345 i. f. BGB.

50) Entsprechend den allgemeinen Regeln. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 33.

Die Entscheidung hängt in erster Linie von der Parteivereinbarung ab[51]). Gewöhnlich aber soll die Straffestsetzung zunächst das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung der Hauptschuld darstellen[52]), vorbehaltlich des Rechts, auch einen eventuellen höheren Schaden nachzuweisen und dessen Ausgleichung zu verlangen. Die festgesetzte Strafsumme erscheint dann gewissermaßen als Mindestmaß der Interesseforderung[53]). Dieser Gesichtspunkt wird auch in §§ 340—342 BGB. zu Grunde gelegt[54]). Bei Geldstrafen ist er ohne Weiteres durchführbar; bei anderen Strafen (wegen der Inkongruenz der Strafe und Ersatzleistung) nur so, daß dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen Strafe und Schadensersatz gegeben wird. Das Verlangen der Strafe schließt hier also die Ersatzforderung ganz aus (§ 342).

Im Weiteren ist zu unterscheiden, ob die Strafe für Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung der Hauptverbindlichkeit bedungen war.

a) War die Strafe für Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit bedungen, so hat der Gläubiger ein Wahlrecht: ob er den Hauptanspruch verfolgen also Erfüllung (und Schadensersatz) resp. Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehren, oder die Strafe fordern will. Letzteres braucht er nicht (er kann von der Strafklausel ganz absehen). § 340.

α. Durch die Verfolgung der Hauptschuld[55]) verliert der Gläubiger keineswegs sein Recht auf die Strafe[56]). Soweit diese Verfolgung zu einem Schadensersatzanspruch des Gläubigers wegen Nichterfüllung führt[57]), kann er eine etwa bedungene Geldstrafe als Mindestmaß jenes Schadens verlangen[58]), und wenn er nachträglich

51) Möglich ist also in der That die Festsetzung, daß der Gläubiger aus der Hauptverbindlichkeit Erfüllung resp. Schadensersatz und aus der Strafklausel noch die Strafe verlangen kann. Es liegt darin an sich nichts Unzulässiges. Die §§ 340 ff. sind nicht zwingend. S. auch schon l. 115 Dig. de V. O. 45, 1. Umgekehrt ist die Festsetzung möglich, daß nur die Strafe verlangt werden kann (dann geht die Klausel in die oben § 176 erwähnte über).

52) Sodaß dieser Betrag ohne Nachweis der Schadenshöhe verlangt werden kann.

53) Vgl. hierzu auch Entsch d. RG. Bd. 33 S. 219.

54) S. insbes. Schollmeyer zu §§ 340 Note 3, 341 Note 2. u. 3.

55) Außergerichtliche oder durch Klageerhebung resp. gleichstehende Akte.

56) Bis zur Befriedigung aus der Hauptschuld. — Es liegt also kein Wahlschuldverhältniß vor (wie der I. Entwurf annahm), sondern ein Wahlrecht des Gläubigers zwischen verschiedenen Ansprüchen mit beschränktem ius variandi (ähnlich wie oben in §§ 170, 171).

57) Dieser steht an Stelle der Erfüllung. S. o. §§ 158 ff., 170 ff., wo auch die Voraussetzungen des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung besprochen sind (vgl. §§ 280, 283, 286 Abs. 2, 325, 326 BGB.)

58) Der Gegenbeweis, daß der Schaden im gegebenen Falle geringer sei als der Strafbetrag, ist ausgeschlossen.

einen höheren Schaden beweisen kann, auch noch den entsprechenden Mehrbetrag. § 340 Abs. 2. Bei anderen Strafen ist die Nachforderung ausgeschlossen[59]). § 342. Wohl aber kann hier der Gläubiger, nachdem er zuerst Schadensersatz gefordert hatte, sich auf die Strafe zurückziehen[60]).

β. Anderseits kann der Gläubiger statt der Verfolgung der Hauptschuld die Strafe verlangen[61]). Das Begehren der Strafe schließt den Erfüllungsanspruch aus. § 340 Abs. 1. Den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung schließt es nur aus, wenn die Strafe nicht in Geld besteht (§ 342): bei Geldstrafen ist absichtlich dem Gläubiger noch immer die Befugniß zur Nachforderung des höheren Schadens belassen, da sonst leicht übermäßig hohe Geldstrafen bedungen würden[62]).

b) Ist die Strafe für nicht gehörige, insbesondere nicht rechtzeitige Erfüllung der Hauptverbindlichkeit bedungen[63]), so kann der Gläubiger nach Verwirkung der Strafe diese und Erfüllung zugleich verlangen. § 341 Abs. 1. Darin liegt hier nichts Doppeltes. Die Strafe dient zum Ausgleich des Nachtheils aus der nicht gehörigen oder verzögerten Erfüllung. Kann der Gläubiger daraus einen höheren Nachtheil beweisen, so kann er auch diesen ersetzt verlangen; und zwar noch nachträglich, es sei denn, daß die Strafe nicht auf Geld lautete. §§ 341 Abs. 2 u. 342[64]).

Führt die Verfolgung des Hauptschuldverhältnisses den Gläubiger zu dem Ergebniß, wegen der vorliegenden Unregelmäßigkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen[65]), so gilt das Gleiche[66]).

---

59) Hier ist die Strafe mit dem Schadensersatz nicht kongruent. Ein nachzufordernder Mehrbetrag ist nicht zu konstruiren. S. o.

60) Weil die Ersatzforderung nach dem bei Note 55 ff. Gesagten den Gläubiger nicht mit dem Strafanspruch präkludirt.

61) S. o. Note 55. — Zum Eintritt der Präklusion muß die Strafe verwirkt sein.

62) S. o. nach Note 58. (An sich müßte die Sache ebenso liegen, wie wenn der Gläubiger in den Fällen §§ 325, 326 BGB. ohne Straffestsetzung von dem Vertrage zurücktritt.)

63) Hierher gehört nach allgemeinen Grundsätzen auch Erfüllung am unrechten Ort, theilweise und mangelhafte Erfüllung.

64) Also bei Geldstrafen kann wieder das Plus nachverlangt werden; bei anderen Strafen nicht, wenn einmal die Strafe verlangt wurde. Hier kann der Gläubiger nur eventuell, wenn er den höheren Schaden zuerst verlangt hatte und nicht beweisen kann, sich auf die Strafe zurückziehen. S. o. Note 60.

65) S. o. Note 57 u. Cit. Theilleistung kann der Gläubiger auch hier nach allgemeinen Grundsätzen zurückweisen und dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wie wenn keine Vertragsstrafe bedungen wäre.

66) Es gilt das oben bei Note 58 ff., 62 u. 64 Gesagte. Bei Geldstrafen kann eine höhere Schadensliquidation nachfolgen; bei anderen Strafen nicht, sobald einmal die Strafe verlangt wurde.

Dagegen kann die Strafe überhaupt nicht mehr verlangt werden, wenn die Hauptleistung vorbehaltslos angenommen wurde. § 341 Abs. 3. Dies soll für die Strafklausel[67]) die schwierigen Beweisfragen über die eventuelle Kenntniß der Mängel (also den Verzichtswillen des Gläubigers) kurzerhand durch Verlust des Anspruches abthun[68]). Wird dem Gläubiger die Annahme bewiesen, so ist es seine Sache, den erfolgten Vorbehalt darzuthun[69]). Arg. § 363 BGB. Er kann ihn in die Quittung setzen. Ein nach Verfall der Strafe vor der Annahme erklärter Vorbehalt genügt nur, wenn sich die Leistung zu dieser Zeit schon beurtheilen ließ[70]). Wenn die Annahme durch einen Vertreter des Gläubigers erfolgt, so gilt das Gleiche; bei Annahme durch eine andere Person genügt es, wenn der Gläubiger unverzüglich nach Kenntniß der Annahme den Vorbehalt erklärt[71]). Der Vorbehalt ist dem Schuldner selbst oder seinem Vertreter zu erklären[72]).

D. Verträge auf Leistung an und durch Dritte*.

§ 179.

1. Begriff und Bedeutung dieser Verabredungen.

Es liegt nahe, eine vertragsmäßig bedungene Leistung so zu versprechen, daß sie nicht an den anderen Kontrahenten, sondern an einen Dritten zu bewirken ist. Ebenso kann eine Leistung so

67) Im Uebrigen bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften, z. B. § 363 BGB.

68) Doch kann die Annahmehandlung wegen Betrugs angefochten werden (so auch Oertmann § 341 i. f.); nicht aber wegen bloßen Irrthums des Gläubigers, denn dieser wäre nur Irrthum im Motiv.

69) So auch Schollmeyer § 341 Note 4. Uebrigens auch Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 119 u. Cit.

70) Sonst könnte durch generelle „Vorbehaltserklärungen" die ganze Bestimmung des § 341 Abs. 3 illusorisch gemacht werden.

71) Was der Vertreter versäumt, fällt dem Gläubiger zur Last. Im Uebrigen fehlt eine Bestimmung, daß der Gläubiger das Versehen eines bloßen Gehülfen (Dienstboten 2c.) in dieser Hinsicht zu vertreten habe. — Wird die Hauptleistung im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben, so nimmt der Gläubiger was er bekommt, und eines Vorbehalts bedarf es nicht. So auch Dernburg § 103 i. f.

72) Nach Maßgabe von Bd. I § 88. — Uebrigens kann die Vorschrift des § 341 Abs. 3 BGB. in der Strafklausel ausgeschlossen werden.

*) Vgl. Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter (1873); Regelsberger, Handb. des Handelsr. Bd. 2 S. 473 u. im Archiv f. civ. Praxis Bd. 67 S. 1; Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 70 u. im civ. Archiv Bd. 67 S. 157; Ehrenzweig, Die sog. zweigliedrigen Verträge insbes. d. Vertr. z. G. Dritter (1895); Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte (1899). — Stammler S. 165 ff.; Dernburg §§ 104—106; Endemann I § 126; Cosack § 97; Mathiaß I § 87; Enneccerus I §§ 183—184.

versprochen werden, daß nicht der Versprechende selbst, sondern ein Dritter sie zu bewirken hat. Hierdurch entsteht das Problem nach der Zulässigkeit von Verträgen auf Leistung an und durch Dritte[1]).

1. Hierbei muß man sich über gewisse Vorfragen verständigen.

a) Dritter in unserem Sinn ist nicht der Erbe der einen oder anderen Partei. Die Erben der Parteien treten mit dem Absterben der letzteren von selbst in deren Rechte und Pflichten ein. Soll sich das Recht oder die Pflicht auf einen oder einzelne Erben beschränken, so ist durch den Vertrag entweder ein inhaltlich beschränktes Recht geschaffen oder der Schuldvertrag mit einer Verfügung von Todeswegen[2]) kombinirt. Nur insofern kann der Erbe einer Partei in diesem Sinne (als Dritter) in Betracht kommen, als er vor dem Erbfall oder unabhängig davon berechtigt oder verpflichtet werden soll[3]).

b) Dritter ist nicht der Geschäftsherr, für den ein Stellvertreter kontrahirt[4]). Wer zu Gunsten oder zu Lasten eines Dritten kontrahirt, handelt in eigenem Namen (führt sein eigenes Geschäft); wer als Stellvertreter handelt, führt fremde Geschäfte. Allerdings ist Thatfrage, ob die eine oder andere Absicht vorliegt, und die Auslegung des Vertrags begegnet in dieser Beziehung nicht selten Schwierigkeiten.

c) Endlich ist mit der Frage nach der Gültigkeit eines Vertrags auf Leistung an oder durch Dritte ein doppelter Sinn verbunden. Man kann fragen:

α. Wird durch einen solchen Vertrag die betreffende Partei

---

1) Der Zweck dieser Verträge ist regelmäßig eine indirekte Leistung, die der Versprechensempfänger dem Dritten machen oder die ihm von dem Dritten zukommen soll. Es wird dadurch der Umweg erspart, den sonst die Leistung durch das Vermögen des Versprechensempfängers oder des Schuldners hindurch machen müßte, um zu ihrem schließlichen Ziele zu gelangen. — Da jede Zuwendung nach Bd. I §§ 74 ff. einen Rechtsgrund voraussetzt, so besteht hier ein doppeltes Zweckverhältniß: a) der Parteien untereinander und b) der einen Partei zum Dritten, die durch die Erfüllung des Vertrags mit einem Schlage ihre Lösung finden sollen. Z. B. es wird Zahlung an den creditor creditoris verabredet. Durch sie werden zwei Schuldverhältnisse auf einmal getilgt.

2) Mit einem Erb- oder Vermächtnißvertrage. S. u. das Erbrecht.

3) Z. B. bei Gutsüberlassungsverträgen. Vgl. § 330 BGB. Hier werden vom Veräußerer des Guts gewöhnlich Abfindungen für seine Frau und Kinder bedungen, welche der Gutsübernehmer an dieselben zu entrichten hat. Aehnlich bei Versicherungsverträgen, wenn die Versicherungssumme der Ehefrau oder Kindern nicht in ihrer Eigenschaft als Erben, sondern persönlich zugewiesen ist. Hauptfolge s. u. § 180 Note 9.

4) S. o. Bd. I §§ 103 ff. — Obschon auch im Vertrag auf Leistung an einen Dritten der Dritte ermächtigt werden kann, die Leistung im Namen des Versprechensempfängers zu fordern. Kann er sie in eigenem Namen fordern (s. u. § 180), so ist das nur eine Verstärkung. Vgl. Hellwig S. 92 ff., 253 ff., 258 ff.

als Versprechensgeber oder Versprechensempfänger berechtigt und verpflichtet? Oder

β. wird der Dritte selbst unmittelbar aus einem solchen Vertrage berechtigt oder verpflichtet?

2. Die erste Frage bietet keine Schwierigkeit. Die in einem Vertrage bedungene Leistung kann ihrer Natur nach von der Art sein, daß sie nicht an den Gläubiger in Person geschehen kann oder soll. Dies ist nur eine Modalität der bedungenen Leistung wie jede andere[5]). Ebenso kann sich der Schuldner im Vertrage zu einer Leistung verpflichten, die nicht er selbst, sondern ein Anderer vornehmen soll[6]). Der Sinn ist hier, daß der Schuldner vertraglich übernimmt, den Dritten zu der versprochenen Leistung zu bewegen. Kann er dies nicht, so ist die Leistung für den Vertrag unmöglich. Ob der Schuldner selbst für den Ausfall haftet[7]), hängt davon ab, in welchem Sinne die Leistung des Dritten übernommen war: ob der Schuldner sich blos (sorgfältig) darum bemühen oder absolut für die Bewirkung einstehen wollte[8]). S. §§ 275, 280 BGB. Es gelten in dieser Hinsicht keine anderen Grundsätze als bei allen Verträgen[9]).

3. Um so größeres Interesse bietet die zweite Frage. Kann der Dritte unmittelbar auf die Leistung berechtigt oder verpflichtet werden? Diese Frage ward ehedem verneint[10]). Sie ist auch heute noch zu verneinen, soweit es sich um eine selbständige

---

5) Schon die Römer kannten den sog. solutionis causa adiectus und andere Fälle dieser Art. Vgl. l. 38 §§ 20 ff. Dig. de V. O. 45, 1; l. 3 Cod. de inutil. stip. 8, 38 (39). In der Person des Dritten wird hier dem Gläubiger selbst geleistet. — Hellwig S. 42 ff., 72 ff. nennt die hier in Rede stehenden Verträge: ermächtigende Verträge auf Leistung an Dritte. Der Dritte ist Empfangsbevollmächtigter. Ueber das Detail s. S. 85, 92 ff. daselbst.

6) Z. B. er verpflichtet sich, sein Oelbild oder seine Photographie für das Vereinslokal zu stellen; der Verleger verpflichtet sich dem Autor, dessen Werk in eine fremde Sprache übersetzen oder mit einem ausführlichen Register versehen zu lassen u. dgl. Der Schuldner bewirkt diese Arbeiten nicht selbst. Und wenn dies möglich ist, warum soll er dann nicht auch die Sache eines Dritten verkaufen können, indem er darauf rechnet, daß der Dritte sie liefern werde u. s. w.

7) Also auf Schadensersatz bezw. nach Maßgabe des § 325 BGB., wenn der Vertrag ein gegenseitiger war.

8) Und zwar entweder für die eventuelle Selbstbewirkung oder sofort nur auf Schadensersatz.

9) Es entspricht nicht dem Leben, wenn das franz. und schweiz. Recht eine generelle Verpflichtung des Schuldners zum absoluten Einstehen für die Leistung des Dritten aufstellen (vgl. Art. 1120 Code Nap.; Art. 127 des schweiz. Bundesgesetz. über das Obligationenrecht). Eine derartige Bestimmung hat unser Gesetz mit Recht nicht getroffen. — Man spricht hier herkömmlich von Verträgen zu Lasten eines Dritten.

10) Alteri stipulari nemo potest.

Verpflichtung des Dritten handelt. Denn es fehlt an einem civilistischen Grunde, um den Dritten aus einem Vertrag, an dem er selbst nicht Theil genommen hat, rechtlich verbindlich zu machen[11]). Einen Vertrag zu Lasten Dritter mit selbständiger Verpflichtung des Dritten gibt es also nicht.

Dagegen gibt es nach heutigem Recht Verträge zu Gunsten Dritter, oder besser (da es sich vielfach keineswegs um eine Begünstigung handelt) Verträge auf Leistung an einen Dritten in der Weise, daß eine selbständige Berechtigung des Dritten aus dem Vertrage entspringt[12]). Und dies, obschon der Dritte an dem Vertrag nicht Theil genommen hat. Das ist keine Inkonsequenz[13]). Denn ein anderes ist es, berechtigt — ein anderes, verpflichtet zu werden[14]). Ersteres kann die Rechtsordnung leichter zulassen, als das letztere. Es waren wesentlich römische Subtilitäten[15]), die der Entwickelung der Verträge mit selbständiger Berechtigung eines Dritten entgegenstanden[16]). Schon das spätere gemeine Recht hat diese Bedenken beseitigt[17]), und ihm ist

11) Dies ist vielmehr nur durch einen besonderen Rechtsakt des Dritten, z. B. Annahme einer Anweisung (eines Wechsels ꝛc.), möglich. Vgl. § 784 BGB. u. unten §§ 307 ff.

12) Hellwig S. 43, 145 ff. nennt diese Verträge: berechtigende Verträge auf Leistung an Dritte. Sie sind die eigentlichen Verträge auf Leistung an Dritte und Gegenstand der §§ 328 ff. BGB. Nur mit ihnen haben wir uns im Folgenden zu beschäftigen.

13) Insbesondere nicht gegenüber den Verträgen zu Lasten Dritter.

14) S. schon oben § 163 Ziff. I.

15) Andernfalls fehle dem Stipulanten das vermögensrechtliche Interesse aus dem Vertrage, das als Voraussetzung der actio galt, während der Dritte nicht klagen konnte, weil er nicht Mitkontrahent war und das Handeln für Andere nach röm. Recht regelmäßig nicht zugelassen wurde. S. schon oben Bd. I § 103 Note 14 und für den vorliegenden Fall insbesondere l. 11 Dig. de O. et A. 44, 7. Auch hier gab es übrigens Ausnahmen, über welche zu vergleichen sind Bekker in d. Ztschr. d. Savignystiftung Bd. 3 S. 8; Hellwig S. 1 ff. Hauptfälle waren: die bedungene Herausgabe der Schenkung, Dos, der hinterlegten oder verliehenen Sache an einen Dritten (l. 3 Cod. de don. quae sub modo 8, 54; l. 45 Dig. sol. matr. 24, 3 u. l. 7 Cod. de pact. conv. 5, 14; l. 8 Cod. ad exhibendum 3, 42); der Transportvertrag (l. 5 § 4 bezw. l. 6 § 2 Dig. de negot. gest. 3, 5).

16) Das deutsche Recht hatte solche Verträge (ohne besonderes Prinzip, aber doch in ziemlich verbreiteter Weise) gekannt. Vgl. Stobbe, Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. 7 S. 504; Brunner, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 22 S. 96 ff. Die Partikularrechte schwankten. Diejenigen, welche einen Vertrag zu Gunsten Dritter zulassen, sprechen doch nirgends dem Dritten direkt ein Recht aus dem Vertrage zu, sondern im besten Falle erst in Folge seines Beitritts zum Vertrage. So das Preuß. ALR. I Tit. 5 §§ 74 ff., Code Nap. Art. 1121, Sächs. BGB. §§ 853 ff.

17) In der That drängte die Acceptationstheorie (vor. Note) unaufhaltsam weiter. Wenn der Dritte die Rechte, die ihm durch den Vertrag begründet werden sollten, durch einfache Beitrittserklärung erwerben konnte, so konnte er den Beitritt auch gerichtlich erklären, indem er auf die an ihn

unser Gesetzbuch gefolgt. Es wird jetzt anerkannt, daß die Parteien durch ihren Vertrag eine an einen Dritten zu bewirkende Leistung ausbedingen können mit der Folge, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. § 328 BGB. Eine Willensbethätigung des Dritten zu diesem Erwerb (Annahme, Beitritt zum Vertrage ꝛc.) wird nicht verlangt: der Dritte erwirbt das Recht auf Leistung gegen den Vertragsschuldner unmittelbar in dem Augenblicke, in welchem die Vertragsparteien es ihm begründen wollten. Also entweder sofort mit Abschluß des Vertrages, oder möglicherweise auch später mit einem im Vertrag festgesetzten (eventuell durch Auslegung zu ermittelnden) Zeitpunkt[18]). Wie die Entstehung des Rechts des Dritten aus dem Vertrage überhaupt, so hängen auch die besonderen Einzelheiten dieses Rechts durchaus vom Willen der Vertragsschließenden ab. Ebenso ob der Dritte allein, oder ob neben ihm auch der Versprechensempfänger forderungsberechtigt sein soll[19]).

§ 180.

2. Verträge mit selbständiger Berechtigung des Dritten.

1. Ist es die Absicht der Parteien, dem Dritten einen unmittelbaren Anspruch auf die Leistung zu verschaffen, so erwirbt dieser aus dem Vertrag ein selbständiges Gläubigerrecht.

Allerdings wird die Absicht der Parteien direkt in den allerseltensten Fällen zum Ausdruck gebracht[1]). Man hat sich bei der Auslegung an den verkehrsmäßigen Zweck des abgeschlossenen Vertrages zu halten: d. h. was nach der Auffassung des Verkehrs als Zweck eines solchen Vertrages erscheint. Insbesondere das Interesse der Parteien an der Leistung — das sich aus deren doppeltem

---

zu bewirkende Leistung klagte. Hatte er aber ein Klagerecht, warum dann nicht einfach ein Recht? Es blieb nur der Schnörkel der Prozeßform abzustreifen.

18) S. o. Bd. I § 91. Auch möglicherweise bedingt, widerruflich oder unwiderruflich. S. § 328 Abs. 2, § 331 BGB.

19) S. dazu § 335 BGB. — Ueber partiarische Verträge zu Gunsten Dritter s. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 545 ff. u. oben Bd. I § 76 Ziff. II. Ueber Erbverträge zu Gunsten Dritter s. das Erbrecht.

1) Dies war es, was Bähr a. a. O. S. 163 gegen die Theorie der Verträge zu Gunsten Dritter besonders vorbrachte, daß die Parteien sich über ihre diesbezügliche Absicht in dem Vertrag fast niemals aussprächen; ebensowenig beständen in der Regel besondere Umstände, aus denen sich die Absicht ergäbe. Das erstere ist richtig; das zweite nicht. Mit indirekten Erklärungen haben wir auch sonst oft im Leben zu thun (s. o. Bd. I §§ 86, 91); man hat hier zu deuten aus dem Zweck des Geschäfts. S. auch Hellwig S. 149 ff. Soweit Zweifel übrig bleiben, hat das Gesetz durch Auslegungsregeln geholfen.

Zweckverhältnisse ergibt[2]) — gewährt Anhaltspunkte. Z. B. wenn die Leistung an den Dritten nach dem erkennbaren Inhalt des Vertrages wesentlich im Interesse des Dritten bedungen ist[3]), muß man annehmen, daß ihm auch ein direktes Anrecht auf die Leistung gewährt werden sollte[4]).

Dieselben Umstände entscheiden für die Frage, unter welchen näheren Voraussetzungen dem Dritten das unmittelbare Recht aus dem Vertrage eingeräumt werden sollte. Vgl. § 328 Abs. 2 BGB.[5]).

Für die wichtigsten vorkommenden Fälle[6]) gibt das Gesetz Auslegungsregeln. Danach ist

a) eine unmittelbare Berechtigung des Dritten aus dem Vertrage im Zweifel anzunehmen bei Lebensversicherungs- und Leibrentenverträgen, wenn die Auszahlung der Versicherungssumme oder der Rentenbeträge an den Dritten bedungen ist[7]). Ebenso bei unentgeltlichen Zuwendungen, die mit einer Auflage[8]) zu Gunsten eines Dritten belastet sind[9]), und bei Vermögens-[10]) oder Guts-

2) S. o. § 179 Note 1.

3) Also insbesondere, wenn die Leistung eine unentgeltliche Zuwendung des Versprechensempfängers an den Dritten sein soll. Dem fügt Hellwig S. 152 den Fall hinzu, wenn das direkte Recht des Dritten für den Versprechensempfänger selbst wegen der Verschiedenheit des Erfüllungsorts vom Aufgabeort von Interesse sei. Dies erklärt die Transportverträge.

4) Die Unentgeltlichkeit der Zuwendung an den Dritten unterwirft den Vertrag nicht der Schenkungsform, wenn er nur unter den Parteien nicht unentgeltlich ist. Unrichtig Mathiaß § 87 am Ende. Das Kausalverhältniß zwischen Versprechensempfänger und dem Dritten gehört nicht mit zum Vertrage. Arg. § 334 u. unten Note 33.

5) Hellwig S. 208 ff., 253 ff.

6) Ueber andere Fälle s. noch Hellwig S. 151 ff., 158, 242 ff., 442 (Hinterlegung), 541 ff. (Versicherung fremder Interessen) ꝛc. und die in der folg. Note Genannten.

7) S. über diese Verträge im Allgemeinen unten §§ 251, 293. — In der vorliegenden Beziehung s. Heck, Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter (1890); Hellwig a. a. O. S. 153 ff.; Ehrenberg in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 41 S. 360, 379 ff. Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 323. Das Gesagte findet auch auf die sog. abgekürzte Lebensversicherung Anwendung. Ist dem Versicherten in dem Vertrage die Befugniß beigelegt, die Person, der die Versicherung zu Gute kommen soll, nachträglich zu bezeichnen, so genügt dazu einseitige (empfangsbedürftige) Erklärung des Versicherten oder eine Verfügung von Todeswegen. S. auch Hellwig S. 222, 229.

8) Namentliche Bezeichnung des Dritten ist nicht zu fordern (es genügt Erkennbarkeit der Person). Hauptfall ist unentgeltliche Zuwendung einer Versicherungssumme ꝛc. z. B. an Frau und Kinder, — nicht aber an einen Gläubiger des Versicherten. — S. auch Dernburg § 105 III Ziff. 2.

9) In Folge des aus dem Vertrag entspringenden unmittelbaren Rechts des Dritten gehört der Vertragsgegenstand nicht zum Nachlaß des Stipulanten. (Daraus erklärt sich auch das Bedürfniß nach der besonderen Vorschrift des § 332 BGB.) — Sind die bezeichneten Dritten zugleich Erben des Stipulanten (Frau und Kinder), so darf ihnen nicht in dieser Eigenschaft zugewendet sein.

Übertragungen[11]), wobei der Uebernehmer des Vermögens oder des Gutes eine Abfindung an dritte Personen (insbesondere Erb- oder Unterhaltsberechtigte) zu leisten verspricht. § 330 BGB. Eine unmittelbare Berechtigung des Dritten folgt auch gesetzlich aus dem *Frachtvertrage* für den Adressaten der Frachtsendung vom Augenblicke, da das Gut am Bestimmungsorte angelangt ist, und gegen Erfüllung der entsprechenden Gegenverpflichtungen (Zahlung der Fracht ꝛc.). Doch kann der Absender vor Ankunft des Gutes eine entgegenstehende Anweisung ertheilen[12]). § 435 HGB.[13]).

Dagegen wird die unmittelbare Berechtigung des Dritten regelmäßig *verneint*, wenn ein Schuldner seinem Gläubiger verspricht, *dessen Schuld an einen Dritten zu bezahlen*[14]). § 329 BGB. Hier erwirbt also der Drittgläubiger im Zweifel[15]) keinen Anspruch gegen den Versprechenden.

b) *Eine Vermuthung für den Zeitpunkt* des Rechtserwerbs des Dritten, wenn er gewollt ist, gibt das Gesetz im Allgemeinen nicht. Nur wenn bedungen ist, daß die Leistung an den Dritten *nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen soll*, erwirbt der Dritte im Zweifel vorher kein eigenes Recht[16]). § 331 Abs. 1. Die

S. o. § 179 Note 3 u. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 188, Bd. 11 S. 173, Bd. 16 S. 126, Bd. 32 S. 162.

10) Ueber *Vermögensübertragungen* s. noch unten § 205. Es gehört hierher auch die kaufmännische Geschäftsübernahme. Vgl. *Hellwig* S. 390 ff.

11) Bei diesen machte sich historisch das Bedürfniß nach unserer Vertragsgattung besonders fühlbar. Denn regelmäßig werden die abzufindenden Personen nicht zum Beitritt am Gutsüberlassungsvertrag aufgefordert und müssen zu geeigneter Zeit ihre Rechte auf die *Abfindung* selbständig verfolgen können. S. hierüber Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 272, Bd. 13 S. 186, Bd. 29 S. 173, Bd. 35 S. 226.

12) Also die Rechte des Adressaten noch mit Wirksamkeit ausschließen. S. dazu *Hellwig* S. 152, 477 ff. u. oben Note 8 i. f.

13) Dasselbe gilt nach Art. 12 Abs. 1 EG.HGB. bei Binnenschiffahrt. Ueber die Anwendung auf Postsendungen s. *Hellwig* S. 516 ff.

14) D. h. *ohne die Schuld zu übernehmen* (s. §§ 414, 415 BGB. und unten die Lehre v. d. Schuldübernahme). Dazu bedürfte es besonderer Akte, die hier nicht vorliegen; insbesondere von Seiten des creditor creditoris der Absicht, den bisherigen Schuldner freizugeben. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einfache Uebernahme der *Zahlung* an den creditor creditoris (*Erfüllungsübernahme*). S. dazu noch *Kipp* in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 36 S. 357; *Hellwig* S. 159 ff., 182 ff. — Wenn die zur Erfüllung übernommene Schuld in *Wirklichkeit nicht bestand*, so ist das Versprechen gegenstandslos.

15) Das Gegentheil kann sich aus den Umständen ergeben. Z. B. wenn der Versprechensempfänger den Vertrag schließt, um nach Australien auszuwandern, oder wenn der Vertrag im Interesse des creditor creditoris geschlossen wird, um ihm mehr zukommen zu lassen, als er bisher zu beanspruchen hatte (höhere Zinsen ꝛc.).

16) Also auch *keinen bedingten oder betagten* Anspruch, nicht einmal ein festes *Anwartschaftsrecht* (s. o. Bd. I § 83). Er hat eine bloße Hoffnung auf den Erwerb.

Vertragsparteien können folglich die dem Dritten in Aussicht gestellten Rechtsvortheile bis dahin wieder zurücknehmen[17]). Und wenn letzterer vor dem Versprechensempfänger stirbt, fällt seinen Erben nichts zu[18]), da auch ihr Erblasser noch nichts aus dem Vertrage erworben hatte. Nur wenn einem noch nicht Geborenen durch den Vertrag etwas zugewendet war, soll es ihm mit dem Tode des Versprechensempfängers nicht mehr geschmälert werden können, falls die entgegengesetzte Befugniß nicht im Vertrage besonders vorbehalten war[19]). Abs. 2.

Selbstredend kann der Rechtserwerb des Dritten nach Inhalt des Vertrages auch noch weiter hinausgeschoben sein. Von diesem und den obigen Fällen abgesehen, erwirbt er mit Abschluß des Vertrages — wenn auch eventuell nur bedingt oder betagt[20]). Arg. § 328.

2. Hiermit ist auch zugleich die Grundlage für die Entscheidung gewonnen, ob die Vertragsparteien in der Lage sind, ihren Vertrag ohne Zustimmung des Dritten zu ändern oder wieder aufzuheben? Sie sind es, solange der Dritte aus dem Vertrage noch kein Recht erworben hatte[21]). Sie sind es nicht mehr vom Augenblick des Anfalls der begründeten Rechte an den Dritten[22]), es sei denn, daß die Abänderungsbefugniß im Vertrage vorbehalten war[23]). Einen Zweifelspunkt regelt § 332[24]).

---

17) Z. B. bei Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten, bevor der Verfall der Versicherungssumme eingetreten ist. — Damit hängt auch die Vorschrift des § 332 BGB. zusammen. S. u. Ziff. 2.

18) Falls sie nicht substituirt sind, also die Vertragsleistung auch besonders zu ihren Gunsten bedungen war.

19) Denn die Erben des Versprechensempfängers würden sonst dazu wohl immer geneigt sein, und folglich der Vertrag illusorisch werden.

20) Hellwig S. 210 ff.

21) Beispiele oben bei Note 12 u. 17.

22) Bei Frachtsendungen nach §§ 433, 435 HGB., sobald der Frachtführer dem Adressaten den Frachtbrief nach Ankunft des Frachtguts am Ablieferungsorte übergeben hat.

23) Bei solchem Vorbehalt stehen die Rechte des Dritten unter einer Resolutivbedingung, die auf die Abänderungsvereinbarung der Parteien gestellt ist. Möglicherweise hat auch der Versprechensempfänger allein sich das Recht der Abänderung vorbehalten. Dann genügt seine einseitige Erklärung (ähnlich wie oben § 174 bei Note 15 ff.). — Ueber Rücktrittsrecht des Versprechenden vor dem Vertrage s. Hellwig S. 298 ff.

24) Hatte sich der Versprechensempfänger die Befugniß vorbehalten, an Stelle des erstbegünstigten Dritten einen Anderen zu setzen, so soll diese Befugniß im Zweifel bis zu seinem Tode dauern. Die Erklärung kann sogar durch letztwillige Verfügung geschehen (was an sich zweifelhaft wäre, weil die letztwillige Verfügung keine Erklärung gegenüber dem Versprechenden ist, und wegen Note 9).

3. Der Anfall der Rechte an den Dritten, wenn er auch von selbst erfolgt, soll doch nicht gegen den Willen des Dritten erfolgen. Demgemäß kann der Dritte (wie ein Vermächtnißnehmer) das Recht aus dem Vertrag zurückweisen mit der Wirkung, daß es als niemals angefallen gilt. § 333 BGB.[25]). Die Zurückweisung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Versprechenden[26]). Die Zurückweisung wird regelmäßig eine Unmöglichkeit der Erfüllung des Schuldverhältnisses für den Versprechenden herbeiführen[27]), und ihre Folgen sind aus diesem Gesichtspunkt zu beurtheilen[28]). Eine andere Frage ist, ob jetzt der Versprechensempfänger die zurückgewiesene Leistung oder deren Surrogate für sich in Anspruch nehmen kann. Dies hängt von dem Vertrage ab. Im Zweifel wird man die Frage bejahen müssen, wenn der Versprechensempfänger für die Leistung an den Dritten ein Aequivalent gegeben oder versprochen hatte[29]).

4. Das Recht des Dritten ist ein selbständiges Recht. Eine Abtretung der Ansprüche des Versprechensempfängers liegt ebensowenig vor, wie eine Uebernahme der etwaigen Verpflichtungen desselben wider den Dritten durch den Schuldner[30]). Daraus ergibt sich, daß der Dritte bei nicht gehöriger Erfüllung des Vertrags nicht den Schaden des Versprechensempfängers, sondern seinen eigenen ersetzt verlangen kann[31]); daß er nicht Einwendungen[32]) ausgesetzt ist, die sich aus den persönlichen Beziehungen des Schuldners zum Versprechensempfänger ergeben[33]). Das Recht des Dritten ruht

25) Entsprechend §§ 1953, 2180 BGB.

26) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. o. Bd. I § 88. Hellwig S. 261 ff. Der § 333 spricht nur von der Ausschlagung des schon „erworbenen" Rechts, weil dies der wichtigere Fall ist und für ihn die Rückwirkung bestimmt werden mußte. Es unterliegt keinem Zweifel, daß auch die Ausschlagung vor dem Erwerb (z. B. im Falle § 331) zulässig ist, mit dem Effekt, daß dann der Dritte niemals erwirbt. — Auf die Zurückweisung kann verzichtet werden (regelmäßig bis zur Annahme; mit Einwilligung der Parteien auch noch später).

27) Bei mehreren Dritten kann u. A. das, was der eine ausschlägt, dem anderen anwachsen.

28) Vgl. o. § 158. — Die Zurückweisung der Leistung setzt Geschäftsfähigkeit des Dritten voraus (s. Note 26); der einfache Rechtserwerb durch Anfall nicht, da er ipso iure erfolgt.

29) War die Leistung an den Dritten für den Versprechenden blos eine Auflage (s. o. Bd. I § 75 Ziff. 1, § 78 Ziff. 2), so läßt sich eher das Gegentheil behaupten. S. auch Dernburg § 106 i. f.

30) Dadurch unterscheidet sich der Vertrag auf Leistung an einen Dritten ebensowohl von der Cession, wie von der Schuldübernahme (s. u. § 197 ff., 202 ff. und in einem Spezialfall schon oben Note 14).

31) S. auch Hellwig S. 91—92.

32) Hierzu ausführlich Hellwig S. 268 ff.

33) Z. B. dem Einwand der Aufrechnung mit einer Gegenforderung wider den Versprechensempfänger u. dgl. — Noch weniger ist der Dritte

aber auf dem Vertrage. Daher muß er sich alle Einwendungen gefallen lassen, die aus der Gültigkeit und dem näheren Inhalt des Vertrages hergeleitet werden[34]). § 334 BGB.[35]). Der Schuldner hat eben nicht dem Dritten besonders versprochen und dadurch seine Verpflichtung von der ursprünglichen Schuldgrundlage abgelöst[36]).

5. Schließlich ist in § 335 BGB. die ehemalige Streitfrage gelöst, ob neben dem Dritten auch der Versprechensempfänger aus dem Vertrage einen Anspruch hat? Die Frage wird bejaht, soweit nicht ein anderer Vertragswille erhellt. Doch kann der Versprechensempfänger die Leistung nicht an sich selbst, sondern nur an den Dritten verlangen[37]).

Viertes Kapitel.

Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ 181.

Uebersicht der verschiedenen Erlöschungsgründe.

Die Schuldverhältnisse sind regelmäßig nicht zur Dauer bestimmt[1]). Sie sind nicht die rechtliche Verwirklichung dauernden Besitzes und Ge-

Einwendungen ausgesetzt, die sich aus dem Kausalverhältniß zwischen ihm und dem Versprechensempfänger ergeben. Dieserhalb kann der Versprechensempfänger später nur kondiziren. S. auch Hellwig S. 343.

34) Z. B. der Unmöglichkeit der Leistung an den Dritten; etwaiger Bedingung oder Befristung seines Rechts; der Abänderung des Vertrags nach Ziff. 2; die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§§ 320 ff. BGB.), z. B. der nicht gezahlten Versicherungsprämien. Desgl. der Nichtigkeit wegen Formfehler (vgl. dazu übrigens oben Note 4).

35) Wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit, Irrthums, arglistiger Täuschung ꝛc. des Schuldners muß der Vertrag gegenüber dem Versprechensempfänger angefochten werden. Danach ist der daraus entspringende Einwand dem Dritten gegenüber zu erheben.

36) Dadurch unterscheidet sich der Vertrag auf Leistung an einen Dritten hauptsächlich von der Anweisung. S. §§ 783 ff. BGB. u. unten §§ 307, 308. — Ueber die condictio des Zahlenden, wenn er dem Versprechensempfänger nichts schuldig war, s. Hellwig S. 275. Sie geht wider den Dritten ebenso wie gegen den Versprechensempfänger.

37) Nach Maßgabe von Ziff. 4. Detail bei Schollmeyer zu § 335. — Ohne genügende Begründung nimmt Hellwig S. 310 ff. eine Gesammtgläubigerschaft (s. u. § 208) des Versprechensempfängers und des Dritten an. Laut §§ 429 Abs. 3, 423 BGB. könnten die Vertragsparteien dann noch nach stattgefundenem Rechtserwerb des Dritten den letzteren durch Erlaß der Schuld seiner Rechte berauben, was nach Ziff. 2 oben ausgeschlossen ist. — Für den Fall, daß der Dritte die Leistung zurückgewiesen hatte, s. o. Ziff. 3 am Ende.

1) Dies gilt vor Allem für die einzelnen Forderungen und Schulden, in Gegensatz zu dem gesammten Rechtsverhältniß, zu dem dieselben gehören (z. B. einem gegenseitigen Vertrage). S. auch Dernburg § 112 i. f. Das Vertragsverhältniß als solches ist oft ein langdauerndes, z. B. eine Gesellschaft, ein Mieth- oder Pachtverhältniß ꝛc.

nusses und daher angelegt auf Aufhebung durch Befriedigung des Gläubigers. Wird dieser Zweck nicht erreicht, so haben sie überhaupt ihre Existenzberechtigung verloren und sind daher zur Aufhebung reif[2]).

Aus diesen Gründen ist das Erlöschen der Schuldverhältnisse ebenso wichtig wie ihr Entstehen, und im Anschluß an dieses zu behandeln.

1. Es sind jedoch hier nur diejenigen Erlöschungsgründe zu behandeln, welche den Schuldverhältnissen eigenthümlich sind, nicht solche, welche bei allen Rechten vorkommen[3]).

2. Von den schuldrechtlichen Aufhebungsgründen ist derjenige durch eintretende Unmöglichkeit der Leistung schon besprochen[4]). Im Uebrigen[5]) erwähnt das Gesetz die Erfüllung und Leistung an Erfüllungsstatt, die Hinterlegung, Aufrechnung und den Erlaß. §§ 362 ff. Doch gibt es noch andere Erlöschungsgründe, die sich theils aus dem Begriff des Schuldverhältnisses, theils aus anderen allgemeinen Grundsätzen ergeben, wie die Vereinigung von Gläubiger und Schuldner (confusio), die Ersetzung des alten Schuldverhältnisses durch ein neues (Novation), die Aufhebung mehrerer auf einem gegenseitigen Vertrag beruhenden Schuldverhältnisse durch Aufhebung dieses Vertrages (contrarius consensus)[6]), und unter Umständen das Erlöschen durch Tod eines der Betheiligten[7])[8]).

---

2) S. übrigens oben § 138 Ziff. 3.

3) Von den letzteren ist im Allgemeinen Theil (Bd. I) die Rede gewesen. Z. B. von den Wirkungen des Eintritts einer auflösenden Bedingung, eines Endtermins (s. Bd. I §§ 100, 102, 112); der Aberkennung einer Forderung durch rechtskräftiges Urtheil (Bd. I § 130 Ziff. II). — Die Verjährung (Bd. I § 117 und oben § 140 Ziff. 3) oder das Entgegenstehen einer anderen Einrede (Bd. I § 86) tilgt die Forderung keineswegs. Der Sinn der Einrede ist nur, daß der Schuldner ein Weigerungsrecht der Leistung hat. Das Forderungsrecht ist dadurch nur lahmgelegt, nicht aufgehoben, und die Lahmlegung ist bald mehr bald weniger gründlich. S. §§ 813 ff., 222 Abs. 2 BGB. u. Bd. I § 118. (Die röm. Grundsätze über das Erlöschen der Forderungsrechte ope exceptionis sind nicht mehr zutreffend.)

4) Weil er nicht immer, sondern nur unter ganz besonderen Voraussetzungen die Aufhebung bewirkt. S. o. § 158.

5) Nicht hierher gehören der Rücktritt vom Vertrage und die Kündigung, weil sie (vgl. §§ 156, 174 ff.) nicht die einzelne Forderung aufheben, sondern nur entweder deren Fälligkeit herbeiführen oder ein ganzes Rechtsverhältniß (oben Note 1) aufheben oder beendigen.

6) Ist der Vertrag kein gegenseitiger, so würde die Aufhebung in diesem Zusammenhang nur einen Erlaß bedeuten. — Zwar kommt der contrarius consensus auch bei anderen Verträgen vor; es handelt sich nicht um eine spezifisch schuldrechtliche Erscheinung. Aber als schuldtilgender Akt ist er hier zu erwähnen. S. noch unten § 195 Note 17.

7) Wenn das Schuldverhältniß ein höchstpersönliches ist. Davon

3. Der wichtigste Erlöschungsgrund ist die Erfüllung: die Leistung des Geschuldeten. In anderen Fällen erhält der Gläubiger nicht gerade das Geschuldete, wird aber dennoch materiell befriedigt. Wir reden hier von Erfüllungssurrogaten. Endlich kann der Schuldner befreit werden, ohne daß damit eine Befriedigung des Gläubigers verbunden ist. Wir ordnen die Erlöschungsgründe im Wesentlichen nach diesen Merkmalen.

I. Erfüllung.

A. Ordnungsmäßige*.

§ 182.

Erfüllung ist Bewirkung der geschuldeten Leistung in der Absicht, die Verbindlichkeit zu tilgen[1]). § 362 Abs. 1. Sind also mehrere Schuldverhältnisse vorhanden, auf welche die Leistung paßt, so tilgt sie nur dasjenige Schuldverhältniß, welches sie nach Absicht des Leistenden tilgen soll. § 366 Abs. 1. Ebenso wenn der Schuldner nicht an den Gläubiger direkt, sondern an einen Dritten leistet, tritt jene Absicht bedeutsam hervor[2]). S. § 362 Abs. 2.

war im Allgemeinen schon oben Bd. I § 29 (zu Note 22) die Rede. — Der Fortfall des Interesses an der Leistung hebt nach Krückmann, Archiv f. civ. Praxis Bd. 90 S. 88 das Schuldverhältniß nicht auf, aber der Schuldner soll die Erfüllung verweigern können, solange er ein berechtigtes Interesse an der Nichterfüllung habe. Aber auf das einseitige Schuldinteresse die Verpflichtung abzustellen, ist mindestens bedenklich. Vgl. auch das oben § 141 Note 9 Gesagte.

8) Ebensowenig ist der sog. concursus duarum causarum lucrativarum (vgl. l. 17 Dig. de O. et A. 44, 7) für sich ein Endigungsgrund der Schuldverhältnisse. Das Gesetz erwähnt ihn nicht mehr, und mit gutem Grunde. Wenn Jemand aus einem unentgeltlichen Verhältniß (Schenkung, Vermächtniß) einen Gegenstand zu fordern hat, und erhält ihn inzwischen aus einem anderen ähnlichen Verhältniß (von demselben Schuldner oder einem Dritten), so erlischt das erste Forderungsrecht wegen eingetretener Unmöglichkeit der Leistung (also aus den Gründen bei Note 4). So schon Mommsen, Beiträge I S. 255, Hellmann, Archiv f. civ. Praxis Bd. 90 S. 433, Schollmeyer § 275 Note 3.

*) Vgl. Gruchot, Die Lehre v. d. Zahlung der Geldschuld (1871) u. dazu Regelsberger, Krit. Vjschr. Bd. 15 S. 159; Römer, Beiträge z. L. v. d. Erfüllung der Obligationen (1877); G. Cohn in Endemann's Handb. d. Handelsr. Bd. 3 S. 998; Unger in Grünhut's Ztschr. Bd. 15 S. 529. — Stammler S. 214; Dernburg §§ 113—117; Endemann I § 141; Cosack § 108; Mathiaß I § 92; Enneccerus I §§ 206 ff.

1) So schon nach röm. Recht. Von der betreffenden Absicht ist zwar in § 362 BGB. nicht besonders die Rede, aber nur, weil sie sich regelmäßig schon aus der Kongruenz von Leistung und Verpflichtung ergibt und der Schuldner nicht stets noch jene Absicht beweisen muß. Dagegen zeigt sich die Bedeutung dieses Moments sofort in den weiteren Textfällen. Ebenso unten bei Note 8—11.

2) Denn nur durch sie wird hier die Leistung zur Erfüllung. (Vorausgesetzt natürlich, daß die Leistung an sich überhaupt geeignet ist, das Schuldverhältniß

Bei Geldleistungen spricht man verkehrsüblich von **Zahlung**. Damit ist die Erfüllung gemeint[3]).

1. **Was geschuldet ist, ergibt sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses**, wie dieser sich nach dem Willen der Parteien und den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften[4]) darstellt. Den **Inhalt** hat im Streitfalle der Gläubiger, — die **Uebereinstimmung** des Geleisteten mit diesem Inhalt der Schuldner zu beweisen. Nur wenn der Gläubiger die als Erfüllung angebotene Leistung **vorbehaltslos angenommen** hat und nachher ihre Uebereinstimmung mit dem Schuldinhalt oder ihre Vollständigkeit bestreitet, so muß er den Beweis der Mängel führen. Denn durch die Annahme hat er das Geleistete als Erfüllung anerkannt[5]). § 363 BGB.

Eine dem Schuldverhältniß entsprechende Leistung darf vom Gläubiger nicht zurückgewiesen werden, widrigenfalls derselbe in Annahmeverzug geräth[6]). Soweit es nicht auf persönliche Leistung des Schuldners ankommt, gilt dies auch dann, wenn die Leistung dem Gläubiger von einem **Dritten** angeboten wird[7]). Die Leistung des Dritten ist richtige Erfüllung, vorausgesetzt daß sie in der Absicht der Schuldtilgung geschah. Glaubte der Dritte seine eigene Schuld zu tilgen, so kann er zurückfordern und das betreffende Schuldverhältniß ist nicht erloschen[8]).

Eine Erfüllung unter Vorbehalt von Einwendungen gegen das Schuldverhältniß braucht dagegen nicht angenommen zu werden[9]) resp. es geräth der Gläubiger dadurch nicht in Annahme-

zu tilgen. Darüber s. u. die Kriterien der Erfüllung.) § 362 Abs. 2 spricht auch ausdrücklich von der Leistung zum **Zwecke** der Erfüllung.

3) Auch sonst wirft der Verkehr die Ausdrücke **Zahlung** und **Erfüllung** durcheinander. Es genügt, daß man weiß, was gemeint ist. Vgl. § 133 BGB. Auch wir legen uns nicht puristisch auf den einen oder anderen Ausdruck fest, wo kein Mißverständniß zu besorgen steht.

4) S. darüber insbesondere oben §§ 154 ff., aber auch § 142 und für einzelne Fälle §§ 145 ff., 147 ff.

5) S. darüber schon oben § 169 gegen Ende. Z. B. der Gläubiger nahm den Schuldgegenstand in einer Verpackung an. Ist der Beweis der Unvollständigkeit des Geleisteten 2c. vom Gläubiger geführt, so kann er sein Forderungsrecht weiter verfolgen (es ist durch die Leistung nicht getilgt). Ebenso kann er alsdann seine etwaige Gegenleistung zurückhalten. — Nimmt er freiwillig **Theilleistung** an, so ist das Schuldverhältniß insoweit aufgehoben.

6) S. o. §§ 163 ff. Wohl aber eine Theilleistung, auch wenn der Schuldner den Rest der Forderung bestreitet. Der Gläubiger kommt durch die Zurückweisung auch für den unbestrittenen Theil der Forderung nicht in Annahmeverzug. S. § 266 BGB. — Ueber die ausnahmsweise **Verpflichtung** des Gläubigers zur Annahme des Geschuldeten s. o. § 163 Note 6 ff.

7) Vgl. § 154.

8) Vgl. **Ruhstrat** im Archiv f. civ. Praxis Bd. 67 S. 417.

9) So mit Recht (gegen **Stölzel**, Schulung f. d. civ. Praxis Bd. 2 S. 97)

verzug. Denn hier fehlt der Zweck der Zuwendung[10]) als Schuldtilgung, und darum schafft diese Leistung keinen Frieden[11]).

2. Die Erfüllung ist nicht nothwendig ein Vertrag des Leistenden mit dem Gläubiger[12]); vielmehr kann sie nach Inhalt des Schuldverhältnisses auch in einer einseitig zu bewirkenden Leistung bestehen, z. B. im Vollzug einer Geschäftsführung oder in einem Unterlassen[13]). In den meisten Fällen ist aber die Erfüllung nur bei Annahme der Leistung möglich; dann kommt sie nicht ohne Vertrag des Leistenden und Annehmenden zu Stande[14]). Ja die Bedeutung dieses Vertrags geht oft weit über das Gebiet des Schuldrechts hinaus. Der wichtigste Fall ist die Uebereignung geschuldeter Sachen nach §§ 925, 929 ff. BGB.[15]), oder die Besitzübergabe zum Zwecke des Gebrauchs[16]).

Geschäftsfähigkeit des Schuldners zu wirksamer Vornahme des Erfüllungsaktes ist nur zu verlangen, wenn letzterer nicht blos in thatsächlichen Handlungen besteht[17]). Aber auch abgesehen davon kann das Erfüllungsgeschäft regelmäßig in dem Fall nicht rückgängig gemacht werden, wenn der Gläubiger dadurch nicht mehr erhalten hat, als ihm gebührte[18]). Denn die erfolgte Zuwendung ist grundsätzlich aus dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Bereicherung des Empfängers zurückzufordern[19]), welche hier fehlt[20]).

Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung (1899) bes. S. 66 ff.; Dernburg § 113 Ziff. IV; Enneccerus § 206 I Ziff. 3; Oertmann zu § 362 Note 6; Schollmeyer Note 1. — Anders, wenn der Schuldner unter Vorbehalt von Einwendungen verurtheilt ist.

10) S. o. Bd. I §§ 74, 75.

11) Sie kann als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt werden und demgegenüber hätte der Gläubiger das Bestehen der Schuld zu beweisen. Dies ist ihm nicht zuzumuthen. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 30 S. 174.

12) Oder dessen Ersatzmann resp. an wen sonst zu leisten ist. S. u. Ziff. 3.

13) Vgl. Kohler in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 17 S. 261 ff.; Stammler S. 221 ff.; Dernburg § 113 Ziff. II. — Soweit der Gläubiger nicht mitzuwirken hat, ist dessen Geschäftsfähigkeit zu wirksamer Erfüllung nicht erforderlich.

14) So mit Recht die herrschende Lehre. Vgl. Oertmann zu § 362 Note 5 u. A.

15) Hier ist der Vertrag sachenrechtliches Geschäft als Zuwendung, — schuldrechtliches in Ansehung seines Zweckes. Sog. datio solutionis causa. S. o. Bd. I § 74 i. f.

16) Z. B. bei Miethe, Pacht, Leihe u. dgl.

17) Z. B. Kleiderreinigen, Stiefelputzen und sonstige rein thatsächliche Geschäftsbesorgungen. S. auch Oertmann § 362 Note 4a; Dernburg § 114 Ziff. VIII.

18) Auch nicht vorzeitig. § 813 Abs. 2 ist auf Leistung durch einen geschäftsunfähigen Schuldner nicht anwendbar. S. auch Dernburg § 114 i. f.; Enneccerus § 206 I Ziff. 1.

19) S. o. Bd. I § 80 zu Note 9 ff.

3. Empfangsberechtigt für die Leistung ist der Gläubiger[21]). Dieser selbstverständlich ohne Weiteres. Ausnahmsweise darf an den Gläubiger dann nicht mehr geleistet werden, wenn die Forderung von einem Dritten mit Beschlag belegt, also wenn sie gepfändet, oder der Konkurs über das Vermögen des Gläubigers eröffnet worden ist[22]). Vgl. §§ 829, 845, 930, 936 CPO., § 8 KO. Ein solcher Beschlag hindert auch die Erfüllung gegenüber den weiter genannten besonderen Empfangsberechtigten. Der Schuldner wird in solchem Fall, soweit die Wirkung der Beschlagnahme sich erstreckt, durch die Erfüllung nicht frei, sondern muß eventuell noch einmal leisten.

a) Die Erfüllung kann selbstverständlich auch an einen Vertreter des Gläubigers erfolgen, der zum Empfang legitimirt ist[23]) — mag es sich dabei um gesetzliche Vertretung oder um Vollmacht handeln. Im letzteren Falle ist es Auslegungsfrage, ob die Vollmacht sich auf die Annahme von Zahlungen erstreckt[24]). Fehlte die Vollmacht, so muß der Schuldner eventuell noch einmal leisten[25]). Wegen dieser Gefahr gibt das Gesetz einige Sondervorschriften. Soweit diese sich auf Rechtshandlungen des Vertreters überhaupt beziehen, z. B. eine unbeschränkbare Vollmacht desselben gegenüber Dritten begründen, sind sie hier nicht besonders zu erwähnen[26]). Auf die Erfüllungsannahme

---

20) Wäre das Geleistete nicht als Zuwendung aufzufassen, so könnte der Gläubiger gegen den Rückforderungsanspruch noch die allgemeine Doluseinrede (Bd. I § 86 Note 13 ff.) vorschützen, auf die schon die Römer im Nothfall rekurrirten. Vgl. l. 15 Dig. de sol. et lib. 46, 3.

21) Dies ist nicht nur der ursprüngliche Gläubiger, sondern im Fall der Abtretung einer Forderung (s. u. §§ 197 ff.) der Cessionar. Selbstverständlich auch der allgemeine Rechtsnachfolger des Gläubigers, insbesondere dessen Erbe. — Wird die Berechtigung des Fordernden bestritten, so muß derselbe sich als Gläubiger ausweisen.

22) Was dazu gehört, ist hier nicht zu erörtern. Wegen des Konkurses s. noch unten § 183. Die Wirkung der Pfändung tritt regelmäßig erst mit Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner ein. Daran schließt sich eine Ueberweisung der gepfändeten Forderung an den pfändenden Gläubiger: sei es zur Einziehung der Forderung (eine Art mandatum in rem suam) oder an Zahlungsstatt. (Dies führt zu einer erzwungenen Abtretung der Forderung, s. u. § 197 Note 7 ff.).

23) S. o. Bd. I §§ 104 ff.

24) Aeltere Gesetze stellten bei Generalvollmachten zuweilen eine Vermuthung dafür auf. So das franz. Recht in Art. 1988 Code Nap. (Erfüllung ist ihm regelmäßig eine Verwaltungshandlung). Anders Preuß. A.L.R. I Tit. 13 § 105. Im Bürgerlichen Gesetzbuch fehlt der Begriff der Generalvollmacht und jede bezügliche Bestimmung. Die Auslegung hat im Einzelfall zu walten. S. Bd. I § 104 zu Note 34.

25) Ebenso wenn die Vollmacht gefälscht war. — Anders wenn das Geleistete dennoch dem Gläubiger zu Gute gekommen ist (s. u.).

26) Vgl. o. Bd. I § 104 Note 33. Hierhin gehört z. B. die Vertretungsmacht des Prokuristen und des Prozeßbevollmächtigten. Letztere begreift

ſpeziell bezieht ſich eine Vorſchrift zu Gunſten des mit der Zwangsbeitreibung beauftragten Gerichtsvollziehers. §§ 754, 755 CPO.[27]). In anderen Fällen beſteht nur eine Vermuthung für die Vollmacht zum Empfange. So gilt der Ueberbringer einer Quittung des Gläubigers als ermächtigt zum Empfange der quittirten Leiſtung, es ſei denn, daß dem Leiſtenden Umſtände bekannt waren, welche der Unterſtellung einer ſolchen Ermächtigung entgegenſtanden[28]). § 370 BGB. Handlungsbevollmächtigte im Sinne der §§ 54 ff. HGB. müſſen zum Empfang von Zahlungen ꝛc. befugt gelten, wenn dies ihrer geſchäftlichen Stellung in dem betreffenden Handelsgewerbe entſpricht[29]). Inſoweit beſteht auch hier ein geſetzlich vermutheter Umfang der Vollmacht, welchem der Dritte trauen darf, falls er eine außergewöhnliche Beſchränkung der letzteren weder kannte noch kennen mußte.

Das dem Vertreter Geleiſtete geht, wenn es ſich um eine Uebereignung handelt[30]), regelmäßig ſofort in's Eigenthum des Gläubigers, wenn auch der Vertreter den Beſitz erlangt[31]).

Die Vollmacht iſt nach den allgemeinen Grundſätzen widerruflich[32]).

b) Eine Ermächtigung zum Empfang der Leiſtung für einen Dritten kann auch durch das Rechtsgeſchäft ſelbſt ertheilt ſein, auf dem das Schuldverhältniß beruht. Hier kann beſtimmt ſein,

---

nach § 81 CPO. die Annahme von Zahlungen für die Partei nicht in ſich (ſondern nur zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erſtattenden Koſten).

27) Vgl. dazu Entſch. d. RG. Bd. 14 S. 80, Bd. 17 S. 30 u. ſ. w.

28) Die Umſtände muß er kennen; die Schlußfolgerung daraus iſt mit pflichtmäßiger Sorgfalt zu ziehen (alſo eine Frage des allgemeinen Verſchuldens). Vgl. ſchon oben Bd. I § 104 Note 18. Z. B. der Gläubiger hatte dem leiſtenden Schuldner kurz vorher mitgetheilt, daß er den betreffenden Handlungsgehülfen, welcher die Quittung überbrachte, wegen Unredlichkeit entlaſſen habe. — Daß die Quittung ſich als eine Blankettausfüllung darſtellt, ſteht für ſich allein der Zahlungsbefugniß nicht entgegen. Dagegen iſt § 370 unanwendbar, wenn die Quittung gefälſcht iſt. S. ſchon oben Note 25 u. Dernburg § 114 Ziff. II.

29) Z. B. wenn ſie im offenen Laden Waaren gegen baar verkaufen. Iſt aber in dem Laden eine Kaſſe errichtet, ſo gilt nur derjenige Handlungsbevollmächtigte als befugt, welcher die Kaſſe bedient. — Handlungsreiſende gelten nach § 55 Abſ. 2 HGB. insbeſondere für ermächtigt, die Kaufpreiſe aus den von ihnen abgeſchloſſenen Verkäufen einzuziehen. Handlungsagenten nach § 86 HGB. nur auf Grund beſonders ertheilter Ermächtigung. S. jedoch auch § 87 eod.

30) S. o. Note 15.

31) Aneignung durch den Vertreter iſt daher Unterſchlagung. — Möglicherweiſe kann der Parteiwille dahin gehen, den Vertreter zum Eigenthümer zu machen (mit Reſtitutionspflicht an den Gläubiger). Aber ohne beſondere Anhaltspunkte iſt dies nicht anzunehmen. Anders bei ſog. mittelbarer Stellvertretung (Bd. I § 103 zu Note 11 ff.), z. B. bei Leiſtung an einen Kommiſſionär. Hier liegt überhaupt keine Stellvertretung in unſerem Sinne vor.

32) Vgl. dazu oben Bd. I § 104 zu Note 23 ff. Dort insbeſondere auch über den Schutz gutgläubiger Dritter, d. i. hier des Erfüllenden.

an wen zu leisten sei. Diese vertragliche Bestimmung ist ebenso unwiderruflich, wie der Vertrag selbst. Der Schuldner hat dadurch ein Recht erlangt, an die bezeichnete Person zu leisten[33]), ein Recht, das ihm vom Gläubiger nicht willkürlich entzogen werden kann[34]). Dagegen folgt aus allgemeinen Grundsätzen, daß der Schuldner dem bezeichneten Dritten dann nicht mehr leisten darf, wenn in dessen Person Umstände eingetreten sind, durch welche der Vortheil der Leistung für den Gläubiger wesentlich gefährdet erscheint[35]). Auf die Erben des Dritten geht die Ermächtigung im Zweifel nicht über[36]).

c) In gewissen Fällen wird durch Leistung an den Dritten mittelbar eine Befreiung des Schuldners herbeigeführt. So

α. wenn an einen nicht beauftragten Geschäftsführer des Gläubigers geleistet wurde und der Gläubiger dies genehmigt[37]). Vgl. §§ 362 Abs. 2 u. 185 BGB.;

β. wenn eine Konvalescenz des Aktes als Erfüllung eintritt, indem der Empfänger der Leistung nachträglich das Forderungsrecht erwirbt, oder der Gläubiger den Empfänger beerbt und für die Nachlaßverbindlichkeiten desselben unbeschränkt haftet[38]). § 185 BGB.

γ. Wenn außer diesen Fällen der Gläubiger durch die Leistung an den Dritten thatsächlich das erhält, was er zu fordern hat. Dann ist ein erneutes Leistungsbegehren des Gläubigers in Zukunft ausgeschlossen[39]). Auch der Schuldner kann das Geleistete vom Gläubiger nicht mehr zurückverlangen[40]). Soweit der Gläubiger nur theilweise empfing, was ihm gebührte, wirkt auch der Einwand nur für

---

33) Z. B. die Miethgelder an den sog. Vizewirth des Hauses zu bezahlen.

34) Die Römer bezeichneten einen solchen Empfangsbevollmächtigten als solutionis causa adiectus (vgl. § 4 J. de inutil. stip. 3, 19; l. 12 § 3, l. 59, 106 Dig. de sol. et lib. 46, 3). Seine Rechtsstellung ergibt sich aus dem allgemeinen Inhalt des Vertrages. — Der bezeichnete Dritte kann auch der creditor creditoris sein. Vgl. Hellwig, Vertrag auf Leistung an Dritte S. 193 ff. und oben § 179 Note 5.

35) So schon römisch nach l. 38 pr. Dig. de sol. et lib. 46, 3. Dasselbe ergibt sich aus der vermuthlichen Parteiabsicht, sowie aus § 242 BGB. Z. B. der Dritte ist in Konkurs gerathen oder hat sich bereits einer Unterschlagung schuldig gemacht.

36) Denn es handelt sich wesentlich um ein Recht des Schuldners, an die Zahlstelle zu leisten; nicht um ein Recht des Dritten.

37) Also als Erfüllung gutheißt. S. auch Bd. I § 106 und weiter unten die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag.

38) Aehnlich schon das röm. Recht. Vgl. l. 11 § 5 Dig. de pign. act. 13, 7. u. l. 96 § 4 Dig. de sol. 46, 3. S. hierzu auch oben Bd. I § 84 zu Ende.

39) Es würde ihm der Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung des Gläubigers entgegenstehen.

40) Der Fall liegt ähnlich wie oben Ziff. 2 am Ende.

den thatsächlich empfangenen Theil. Hauptfall ist Leistung an den Drittgläubiger (creditor creditoris)[41]).

d) Allgemeineren Charakters sind die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Verkehrs zu Gunsten derjenigen, gegenüber welchen ein Nichtberechtigter wie ein Berechtigter legitimirt ist. Dies bedeutet in unserem Falle, daß die an den legitimirten Nichtgläubiger bewirkte Leistung den Schuldner befreit. Hierhin gehört gutgläubige Erfüllung an den ehemaligen Gläubiger nach Abtretung der Forderung[42]), oder an den durch Erbschein legitimirten Scheinerben des Gläubigers[43]) u. dgl. —

Abgesehen von diesen Fällen befreit auch entschuldbarer Irrthum über die Person des Gläubigers denjenigen, der an eine falsche Adresse leistet, nicht[44]). Ist der Gläubiger, an welchen geleistet wurde[45]), nicht geschäftsfähig, so ist der Erfüllungsvertrag ungültig[46]) und der Schuldner nur insoweit befreit, als das Geleistete thatsächlich dem Gläubiger zu Gute gekommen ist[47]).

4. Bestehen mehrere gleichartige Forderungsrechte, so kann die Frage entstehen, auf welches von ihnen die erfolgte Leistung anzurechnen sei?[48]). Dies ist namentlich wichtig, wenn die eine Forderung reell gesichert ist[49]), die andere nicht, oder wenn die eine früher verjährt als die andere. Aus dem Begriff der Erfüllung folgt nun, daß in Ermangelung[50]) einer besonderen Verabredung der Parteien

---

41) Hier hat der Leistende den Gläubiger nach Maßgabe des § 267 BGB. befreit, und ist der Schuldner insoweit selbst gegen den Gläubiger geschützt. Die Römer halfen hier mit einer exceptio doli aus der Leistung, sofern diese nicht gegen das Interesse des Gläubigers ist. Vgl. l. 6 Dig. de dol. 44, 4.

42) S. §§ 407 ff. BGB. u. unten §§ 199 ff. — Nicht aber Leistung an den Inhaber einer gefälschten Abtretungsurkunde. Anders nur im Falle des § 1155 BGB., wenn die gefälschte Abtretung eine frühere ist. Aehnlich bei Indossamentpapieren, wenn eines der früheren Indossamente gefälscht ist. S. Art. 75, 76 WO. u. unten § 314.

43) S. §§ 2366 ff. BGB. u. unten das Erbrecht.

44) Wie die Fälle der Fälschung beweisen. Der Leistende hat nur ein Rückforderungsrecht wider den Empfänger. — Selbstredend hat es der Gläubiger zu verantworten, wenn er den Irrthum des Leistenden schuldhaft hervorrief. S. auch Dernburg § 114 I Ziff. 1.

45) Anders, wenn die Erfüllung keine Mitwirkung des Gläubigers voraussetzte. S. o. Note 13.

46) Nach Bd. I § 83. Der Schuldner muß solchenfalls gemäß oben lit. a an den gesetzlichen Vertreter leisten bezw. dessen Genehmigung herbeiführen.

47) Aehnlich wie oben im Falle c lit. γ.

48) Als Erfüllung. — Vgl. Henrici in Ihering's Jahrb. für Dogmatik Bd. 32 S. 99 ff. u. 262 ff.

49) Durch Hypothek, Faustpfandrecht oder auch durch Bürgen.

50) Die nachfolgenden gesetzlichen Bestimmungen über die Anrechnung von Zahlungen sind sowenig zwingend, wie die meisten Regeln des

über die Tilgung[51]) in erster Linie die Bestimmung des Leistenden entscheidet[52]). So denn auch § 366 Abs. 1 BGB. Die Bestimmung ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Fehlt eine solche Bestimmung oder ist sie nicht zu ermitteln, so bestimmt das Gesetz die Anrechnung[53]), und zwar so, wie es den vermuthlichen beiderseitigen Interessen entspricht. Danach ist

a) eine zur völligen Tilgung nicht ausreichende Leistung[54]) zunächst auf die etwaigen Kosten, dann auf die Zinsen[55]) der Forderung und zuletzt auf die Hauptleistung anzurechnen. § 367 BGB.[56]). Diese Reihenfolge der Tilgung gilt so sehr als die gewöhnliche, daß der Gläubiger bei anderweitiger Bestimmung der Anrechnung seitens des Leistenden die ganze Leistung zurückweisen darf. Abs. 2[57]).

b) Im Uebrigen wird die Leistung zunächst auf die fällige Schuld im Gegensatz zu anderen etwa nichtfälligen verrechnet. Reicht die Leistung zur Tilgung der fälligen Schulden nicht aus, so geschieht die Anrechnung (unter diesen) zunächst auf die weniger gesicherte[58]); unter

---

Schuldrechts. Oeffentlichrechtliche Interessen liegen in keiner Weise vor Dies ist auch im Wesentlichen die herrschende Meinung. Daß die Vereinbarung der Parteien über die Anrechnung den Schuldner bei der Leistung nicht binde, sondern mangels Beobachtung nur schadensersatzpflichtig mache (Planck § 366 Note 1), ist als gesucht und unzweckmäßig abzulehnen.

51) Der Vertrag über die anderweitige Anrechnung kann unter den Parteien auch bei der Erfüllung selbst gültig geschlossen werden, indem der Gläubiger eine anderweitige Anrechnung bestimmt (z. B. eine andere Schuld quittirt) und der Leistende sich dem fügt. (Wegen wesentlichen Irrthums, Betrugs 2c. kann er die Vereinbarung natürlich nach allgemeinen Grundsätzen anfechten, aber abgesehen davon ist sie vollkommen gültig.)

52) So schon im röm. Recht: possumus certam legem dare ei quod solvimus. Vgl. l. 101 § 1 Dig. de sol. 46, 3; l. 1 Cod. de sol. 8, 42. Das preuß. Recht faßte mehr die Vertragsnatur der Leistung in's Auge (A.LR. I Tit. 16 §§ 150 ff.). Unser Gesetz vermittelt thunlichst zwischen beiden Extremen.

53) Das röm. Recht überließ in diesem Falle zunächst die Bestimmung dem Gläubiger, der dabei aber das Interesse des Schuldners wahrzunehmen habe. Vgl. l. 1, 2, 3 Dig. u. l. 1 Cod. cit. Eine fast unmögliche Anforderung! Heutzutage kann der Gläubiger nur einen Bestimmungsversuch (Antrag) machen. Geht der Leistende darauf ein, so liegt der Fall der Note 51 vor. Trifft der Leistende eine andere Bestimmung, so ist letztere allein maßgebend. Wird darauf nicht angenommen, so geräth der Gläubiger in Annahmeverzug.

54) Wenn sie nicht als Theilleistung zurückgewiesen werden kann und vom Gläubiger zurückgewiesen wird. S. o. § 154. Dieser Befugniß wird durch § 367 BGB. in keiner Weise präjudizirt.

55) Auf die fälligen, nicht aber auf die verjährten. Dernburg § 117 nach Note 8.

56) Die Bestimmung beschränkt sich auf den Fall des Vorliegens einer bestimmten Forderung und deren Accessorien. S. Entsch. d. RG. Bd. 40 S. 322 ff.

57) D. h. er geräth dadurch nicht in Annahmeverzug.

58) Durch Pfand, Bürgschaft, sofortige Vollstreckbarkeit (Bd. I § 132 Ziff. III), längere Dauer der Verjährung 2c. Die verjährte Schuld ist auch hier auszu-

mehreren von gleicher Sicherheit auf die dem Schuldner *lästigere*[59]); unter mehreren gleich lästigen auf die *ältere* Schuld[60]), und bei gleichem Alter *verhältnißmäßig* auf alle vorhandenen Schulden. § 366 Abs. 2.

5. Besteht Streit unter den Parteien, ob das Schuldverhältniß getilgt sei, so hat *der Schuldner die Erfüllung zu beweisen*[61]). Zur Erleichterung dieses Beweises gibt man dem Schuldner seit Alters her ein Recht auf *Quittung*[62]). § 368 BGB. Die Quittung ist ein schriftliches Empfangsbekenntniß über das Geleistete, — eine vom Gläubiger ausgestellte Privaturkunde[63]). Hat der Schuldner ein rechtliches Interesse an Ertheilung der Quittung in anderer Form[64]), so kann er sie in dieser Form verlangen. Die Kosten der Quittung hat mangels besonderer Verabredung[65]) der Schuldner zu tragen[66]), da die Ausstellung der Quittung zu seinen Gunsten erfolgt. Nur etwaige Mehrkosten, die durch Vermehrung der Personenzahl der Gläubiger (in Folge Erbschaft, Abtretung der Forderung ꝛc.) entstehen, fallen den Gläubigern zur Last. § 369.

Die Quittung ist *nur auf Verlangen* zu ertheilen. Wird aber das Verlangen gestellt, so ist sie „gegen Empfang der Leistung" zu ertheilen, *also Zug um Zug gegen die Leistung auszutauschen*. Leistungs- und Quittungspflicht werden nach Art der beiderseitigen Ver-

---

scheiden. Schon arg. § 396 Abs. 1 in Verbindung mit § 390 BGB. Und sicherlich auch aus inneren Gründen.

59) Z. B. wegen einer beigefügten hohen Vertragsstrafe, höheren Zinsfußes u. dgl.

60) Man kann streiten, ob damit die frühere Fälligkeit gemeint sei. So *Dernburg* a. a. O. bei Note 10. A. M. *Planck* § 366 Note 3 d. Ein *Anspruch* des Gläubigers entsteht jedenfalls erst mit der Fälligkeit.

61) Weil er es ist, der sich darauf berufen muß, um seine Leistungspflicht aus dem Schuldverhältniß zu entkräften. S. Bd. I § 127 zu Note 20 ff. — Auch im Falle des § 363 BGB. (s. o. Ziff. 1) muß der Schuldner wenigstens zunächst beweisen, *daß er an den Gläubiger geleistet hat*. Erst in Folge dessen kommt der Gläubiger dazu, Mängel des Geleisteten darzuthun.

62) Das Recht ist in der gemeinen Praxis entwickelt und theilweise in Partikulargesetzen anerkannt. So im Preuß. A.LR. I Tit. 16 § 86 ꝛc. Die Quittungspflicht beschränkt sich heute nicht auf Geldzahlungen. — Vgl. hierzu *Dilloo*, Die Quittung im Recht und im Verkehr (Berliner Diss. 1895); *Exner* in Grünhut's Ztschr. Bd. 22 S. 670; *Behrend*, Beiträge z. L. v. d. Quittung (1896) und die Citate zu § 304 unten.

63) S. o. Bd. I § 63 Ziff. I, und über die Schriftform eod. § 87 Ziff. 3 a.

64) Z. B. in notarieller Beglaubigung. S. auch §§ 1144, 1192 BGB., § 29 Grundb.O. ꝛc.

65) Bezw. soweit sich nicht aus dem *konkreten Verhältniß der Parteien ein Anderes ergibt*. Z. B. (§§ 662 ff., 677 ff., 688 ff., 1890 ff.), wenn der Schuldner nur im Interesse des Gläubigers thätig war.

66) Und sogar auf Verlangen vorzuschießen. Z. B. bei notarieller Aufnahme der Quittung. § 369 BGB.

pflichtungen aus gegenseitigen Verträgen behandelt. Insbesondere darf der Schuldner die Leistung bis zur Aushändigung der Quittung zurückhalten und kommt solange nicht in Verzug[67]). Wer ohne Quittung erfüllte, kann die Quittung auch noch nachverlangen und eventuell darauf klagen[68]). Er verlangt damit nur sein Beweismittel, auf das er nach dem Gesetz ein Recht hat: das Bekenntniß[69]) des Gläubigers über den Empfang[70]).

Allerdings kann in dem Geben und Nehmen der Quittung auch ein Vertrag der Parteien liegen, wenn ein dahin gehender besonderer Vertragswille vorhanden ist. Die Vertragsabsicht kann blos dahin gehen, die Erfüllung als bewiesen ansehen zu wollen (Beweisvertrag). Dann hat auch das Geben und Nehmen der Quittung keine größere Bedeutung als die Quittung selbst: der Gläubiger kann die Kraft des Vertrags durch einfachen Gegenbeweis[71]) beseitigen, — nicht anders wie auch gegen die Quittung als Beweismittel Gegenbeweis zulässig ist. Dieser Fall scheidet für eine besondere Betrachtung aus[72]).

---

67) S. § 320 BGB. und oben § 169. Im röm. Recht gab es auch Bestimmungen über den Fall, daß eine Quittung vor Erfüllung (in Erwartung der Leistung) ertheilt wird, und letztere dann ausbleibt. Quittungen sollten danach überhaupt erst nach 30 Tagen seit der Ausstellung Beweiskraft haben, und der Aussteller während dieser Zeit berechtigt sein, sie (durch querella non solutae pecuniae) zurückzufordern resp. ihrer Beweiskraft zu berauben. Umgekehrt stieg die Beweiskraft nach Ablauf der 30 Tage. Diese Besonderheiten wurden schon durch § 17 EG.CPO. beseitigt. Der Beweis der nicht gezahlten Valuta steht heute dem Aussteller nach allgemeinen Grundsätzen frei; — ob er genügt, hängt davon ab, in welchem Sinne die Quittung ertheilt ist. Darüber s. unten Noten 70 u. 74.

68) Im allgemeinen Gerichtsstand des Gläubigers. Entsch. d. RG. Bd. 28 S. 436.

69) Wie § 368 BGB. es direkt nennt: „schriftliches Empfangsbekenntniß".

70) Es kann also kein Zweifel sein, daß die Quittung im Rahmen dieser Bestimmung nur ein Beweismittel (im oben Bd. I § 63 zu Note 8 besprochenen Sinne) ist. S. auch Bülow, Geständnißrecht (1899) S. 185—190; Dernburg § 115 Ziff. VIII; Schollmeyer, Oertmann zu § 368. Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 242. A. M. Collatz in Ihering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 40 S. 135 ff.; Endemann § 141 I Ziff. 3; Planck § 368 Note 5. Die praktische Folge ist, daß für die Regel einfacher Gegenbeweis des Gläubigers zur Entkräftung genügt. — Nur auf Quittung dieser Art hat der Schuldner nach § 368 ein Recht.

71) Der Unwahrheit der Erfüllung.

72) Sehr zum Glück! Denn wenn die Quittung inter praesentes ertheilt oder auch nur einfach zugeschickt war, könnte kaum je mit Sicherheit gesagt werden, ob der Uebergabe und Annahme des Schriftstücks nicht die Absicht zu Grunde gelegen habe, die wahre Sachlage als bewiesen anzunehmen. Auf so transcendentale Untersuchungen können wir uns nicht einlassen. — Allerdings wird auch der Beweisvertrag von Anderen wieder verschieden aufgefaßt, z. B. daß dem Aussteller der Quittung der einfache Gegenbeweis nicht offen stehen soll. Dann nähert sich der Fall dem gleich folgenden.

Die Vertragsabsicht kann aber auch dahin gehen, etwas dem Inhalt des Bekenntnisses Entgegenstehendes nicht ferner behaupten zu wollen[73]). Also selbst dann nicht, wenn der Inhalt der Wahrheit nicht entspräche! Hier geht der Vorgang in den negativen Anerkennungsvertrag über. § 397 Abs. 2 BGB. Daß der Quittungsertheilung ein solcher Sinn untergelegen habe, ist jedoch nicht ohne Weiteres anzunehmen. Es muß bewiesen werden (wie ein behaupteter Erlaß)[74]).

6. Hatte der Schuldner über die Forderung einen Schuldschein ausgestellt, so kann er auch Rückgabe dieses Schuldscheins, und wenn der Gläubiger dazu außer Stande zu sein behauptet, ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntniß des letzteren[75]) verlangen, daß die Schuld erloschen sei. § 371. Auch hier handelt es sich um eine Zug um Zug gegen die Leistung zu erfüllende Verpflichtung des Gläubigers. Doch kann der Schuldner das Verlangen auch noch nachher stellen. Das hier in Rede stehende Anerkenntniß geht über die Natur eines Beweismittels[76]) weit hinaus. Es hat den Charakter des negativen Anerkennungsvertrages (§ 397 Abs. 2 BGB.), und zwar selbst dann, wenn der Schuldner die Abgabe der Erklärung erzwingen, also darauf klagen muß[77]). Die Kosten des Anerkenntnisses hat der Gläubiger zu tragen, da er seine Nothwendigkeit veranlaßte.

Das ältere Recht enthielt verschiedene Vermuthungen für die Erfüllung des Schuldverhältnisses. So wenn der Schuldschein zerstört

73) Vgl. Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (1855. 3. Aufl. 1894).

74) S. darüber unten §§ 195 u. 306 ff. Ist aber der betreffende Beweis geführt, der in Rede stehende Sinn der Quittungsleistung dargethan, so wirkt sie als schuldtilgender Akt (Verfügung über die Forderung) auch dann, wenn gar keine Erfüllung vorlag. Hier genügt also der in Note 67 erwähnte Gegenbeweis der Nichterfüllung keineswegs. Die Verfügung ist anzufechten oder zu kondiziren. S. u. § 195 Ziff. II. Eine in Erwartung der Zahlung ausgestellte Quittung wird häufig diesen Sinn haben. S. Enneccerus § 217 i. f.

75) S. o. Bd. I § 87 Ziff. 3b. Ob die Behauptung des Gläubigers der Wahrheit entspricht, ob der Verlust verschuldet oder nicht verschuldet ist, steht gleich. Es handelt sich um ein Sicherungsmittel des Schuldners gegen etwaigen Mißbrauch der anderen Seite mit dem Schuldschein. Das Mittel ist so gewählt, weil eine Amortisation des Schuldscheins als eines bloßen Beweismittels nicht zulässig ist (im Gegensatz zu der bei Werthpapieren bestehenden Regel. S. o. § 63 i. f.). — Uebrigens kann der Schuldner auch auf der Rückgabe des Schuldscheins bestehen, soweit sie noch möglich ist, und darin keine Chikane liegt.

76) Oder des ihm gleichstehenden Beweisvertrags (s. o. Note 72).

77) Vollstreckung des Urtheils nach § 894 CPO. Diese Möglichkeit der zwangsweisen Herbeiführung einer dispositiven Anerkennung kann nicht befremden, da damit nur derselbe Effekt erreicht wird, wie wenn der Schuldner nach Bd. I § 133 die Nichtexistenz der Schuld feststellen läßt.

oder durchstrichen ist[78]) oder bei terminlichen Leistungen, wenn Quittungen über die drei letzten Zahlungsziele vorliegen, zu Gunsten ordnungsmäßiger Berichtigung der früheren[79]). Diese Vermuthungen sind als gesetzliche gefallen. Ihres formalen Zwanges entkleidet, haben sie den Charakter goldener Erfahrungssätze, die der freien Beweiswürdigung des Richters noch heute vielfach die Wege weisen.

B. Hülfsmittel.

§ 183.

1. Bei Zahlungsunfähigkeit und Insolvenz des Schuldners*.

Eine besondere Betrachtung erfordert es, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit um deswillen nicht oder nicht ordnungsmäßig erfüllt, weil ihm dazu nach dem Stande seines Vermögens die Mittel fehlen. Dieses Unvermögen des Schuldners läßt zwar die Rechte des Gläubigers regelmäßig unberührt[1]); aber der vollkommene Rechtsschutz versagt in solchen Fällen[2]), und dem Gläubiger bleibt überlassen, sich aus demjenigen Vermögen des Schuldners zu befriedigen, das er vorfindet[3]). Hierbei begegnet er zumeist kollidirenden Rechten anderer Personen, die gleichfalls aus diesem Vermögen Befriedigung suchen. Grundsatz ist nun, daß keine der kollidirenden Forderungen der anderen vorgeht[4]). Vielmehr entscheidet im Allgemeinen Prävention der Geltendmachung des Rechts[5]). Das Mittel, diesem Wettlaufe ein Ziel zu setzen und geordnete Befriedigung aller Gläubiger nach Verhältniß ihrer Forderungen herbeizuführen, ist die Einleitung des Konkursverfahrens in das Vermögen des Schuldners[6]).

Im Konkurs erfolgt also die Befriedigung sämmtlicher Gläu-

78) Vgl. l. 2 § 1 Dig. de pact. 2, 14; l. 24 Dig. de prob. 22, 3; Preuß. A.L.R. I Tit. 16 §§ 97 ff.; Code Nap. Art. 1282 ff.

79) L. 3 Cod. de apoch. 10, 22 bestimmte dies für Quittungen über öffentliche Abgaben. Die Praxis dehnte die Vorschrift aus. S. auch Preuß. A.L.R. I Tit. 16 §§ 133 ff.

*) S. bes. Kohler, Lehrb. des Konkursrechts (1891); L. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht (1899); zum Theil auch Mandry-Geib, Civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze §§ 28, 43.

1) S. o. § 158.

2) S. o. Bd. I § 29 Ziff. 3.

3) S. übrigens auch noch den folgenden Paragraphen.

4) Andere Regeln gelten, soweit dingliche Rechte konkurriren oder mit Forderungsrechten zusammentreffen. S. o. Bd. I § 121 Ziff. 2 und das Sachenrecht.

5) Auch der zwangsweisen Durchsetzung resp. Durchsetzungsversuche.

6) S. §§ 1 ff. KO. in Verbindung mit §§ 811 ff., 850 ff., 860 ff. CPO. Selbstverständlich nur soweit das Vermögen der Zwangsvollstreckung unterliegt.

biger des (Gemein-)Schuldners, soweit sie sich melden[7]), unter gerichtlicher Autorität. Und zwar in der Art, daß das vorhandene Vermögen des Schuldners unter diese Gläubiger nach Verhältniß ihrer Forderungen vertheilt wird und daß während der Dauer des Konkurses weder der Gemeinschuldner über sein Vermögen verfügen[8]) noch ein Gläubiger in anderer Weise als in diesem Verfahren Befriedigung verlangen kann[9]). Die Konkurseröffnung wirkt wie eine Vermögensbeschlagnahme zu Gunsten der Gläubigerschaft[10]). Die Vermögensverwaltung wird einem Konkursverwalter übertragen[11]).

1. Voraussetzung der Einleitung des Konkursverfahrens ist Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, nur in gewissen Fällen Ueberschuldung (insbesondere bei einem Nachlaß). §§ 102 ff., 207, 215 KO.[12]). Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht im Stande ist, seine fälligen Schulden so wie sie (laufend) eingefordert werden, oder deren Einforderung unmittelbar bevorsteht, rechtzeitig zu berichtigen[13]). Die Zahlungsunfähigkeit wird konstatirt durch Zahlungseinstellung: Nichtzahlung präsentirter Forderungen ꝛc., soweit sie sich aus dem Grunde der Zahlungsunfähigkeit erklärt[14]). Im Falle der Zahlungs-

7) Ein bestimmter Zeitpunkt der Anmeldung ist nicht vorgeschrieben. Jeder Gläubiger hat das natürliche Interesse, seine Anmeldung alsbald zu bewirken. S. Note 9. Dagegen braucht sich z. B. nicht zu melden, wer sich durch Aufrechnung (s. u. §§ 191 ff.) befriedigen kann. S. §§ 53 ff. KO.

8) Etwaige dennoch getroffene Verfügungen sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. S. o. Bd. I § 80 zu Note 33.

9) Auch wer sich nicht gemeldet hat. Abgesehen davon hat die Nichtanmeldung keinen Rechtsnachtheil zur Folge. Der sich nicht Meldende behält seine Forderung, erhält aber nichts von der konkursmäßig zu vertheilenden Masse.

10) Vgl. Kohler, Konkursrecht § 22 ff.

11) Als Vertreter der Interessen aller Betheiligten. S. dazu Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 29 u. Cit. Lippmann in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 41 S. 112.

12) Im gemeinen Recht wurde überhaupt Insolvenz verlangt. Aber diese ist oft schwer zu konstatiren, und das Warten darauf beraubt das Verfahren seiner hauptsächlichsten praktischen Vortheile. — Die prozessualen Grundsätze des Konkursverfahrens sind hier nicht darzustellen. Es ist nur hervorzuheben, nach welchen Grundsätzen in diesem Verfahren das Vermögen des Schuldners vertheilt wird.

13) Dagegen besteht Ueberschuldung darin, daß die Schulden in ihrer Summe das Aktivvermögen des Schuldners übersteigen. Ein Ueberschuldeter ist oft nicht zahlungsunfähig, nämlich wenn er nur genügend Kredit besitzt, um die nöthigen Zahlungsmittel aufzutreiben. Hieraus erklärt sich, daß das Gesetz für Aktiengesellschaften auch die Ueberschuldung als Konkursgrund aufstellt. § 207 KO.

14) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 21 S. 23, Bd. 25 S. 39. Häufig ist sie mit Schließung der Kasse oder des Handelsgeschäfts des Schuldners verbunden. Der Richter hat nach der Gesammtheit der Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 97.

einstellung ist Zahlungsunfähigkeit zu vermuthen. § 102 Abs. 2 KO. Die Konkurseröffnung geschieht durch gerichtlichen Beschluß.

2. Das Konkursverfahren hat damit zu rechnen, daß gegen den Gemeinschuldner auch noch andere Ansprüche als einfache Forderungen geltend gemacht werden. Das Konkursverfahren mit seinem Prinzip der verhältnißmäßigen Befriedigung sämmtlicher angemeldeten Gläubiger[15]) ist aber nur für Forderungen da. Die Ansprüche aus dinglichen Rechten rangiren nach anderen Grundsätzen[16]), und in Kollision mit dinglichen Rechten stehen die Forderungsrechte[17]) regelmäßig nach: als sog. einfache (Chirographar-)forderungen[18]).

Aus diesem Grund erfolgt die Befriedigung aller derjenigen Berechtigten, welche zur Zeit der Konkurseröffnung nicht blos eine persönliche Forderung wider den Gemeinschuldner haben, außerhalb des Konkursverfahrens. Hiernach sind keine Konkursgläubiger:

a) die Aussonderungsberechtigten, d. h. diejenigen Personen, welche vom Gemeinschuldner einen dem letzteren nicht gehörigen Gegenstand herausfordern, z. B. eine dem Gemeinschuldner geliehene Sache[19]). Die Fälle sind in §§ 43 ff. KO. enthalten[20]). Die Aussonderungsberechtigten verlangen Trennung (Aussonderung) der bezüglichen Objekte aus der Masse und Ausantwortung des Gegenstands (in ihre Hand). Sie verfolgen ihr Recht selbständig gegen den Konkursverwalter.

b) Keine Konkursgläubiger sind ferner die sog. Absonderungsberechtigten. §§ 47 ff. KO. Es sind dies im Allgemeinen solche Personen, welchen ein Pfandrecht oder pfandartige Befugnisse an einzelnen Gegenständen der Konkursmasse zustehen (§§ 47—49). Ferner Personen, welche als Gemeinschafter des

15) Durch Austheilung der sog. Konkursdividende, d. i. Prozente der Forderung des einzelnen Gläubigers.

16) S. o. Note 4. Vor allem nach dem Alter des dinglichen Rechts. Vgl. z. B. §§ 879 ff., 1208 BGB.

17) Soweit sie nicht mit dinglichen Rechten verbunden oder dinglich gesichert sind. S. das Sachenrecht.

18) So genannt, weil der Berechtigte im besten Fall zur Sicherung seines Rechts nur eine einfache Schrifturkunde über die Forderung in der Hand hat.

19) Gleichgültig ist die Art und die juristische Natur des Anspruchs. Z. B. mag die Sache mit dem Eigenthumsanspruch oder mit dem Anspruch aus dem Leihvertrage verfolgt werden. — Charakteristisch ist, daß der geforderte Gegenstand nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört, sondern nur rein thatsächlich mit demselben verbunden ist. Dies ist beim Darlehen nicht der Fall.

20) Sie dulden keine Einschränkung und Ausdehnung durch Parteiverabredung. Die betreffenden Vorschriften bestehen im allgemeinen öffentlichen Interesse. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 2.

Kridars (§ 51) oder als Lehens-, Stamm- oder Fideikommißgläubiger[21]) (§ 52) aus einem Sondervermögen des Gemeinschuldners[22]) Befriedigung zu verlangen berechtigt sind[23]). Die in Rede stehenden Personen gehen mit Bezug auf die besonderen Gegenstände ihres Rechts den anderen Gläubigern vor und können daher „abgesonderte" Befriedigung aus den betreffenden Vermögensstücken verlangen. Letztere erfolgt außerhalb des Konkursverfahrens[24]) nach den für das spezielle Recht bestehenden besonderen Regeln[25]). Diese geben auch die Rangordnung der Betheiligten für die Befriedigung an[26]). (Im Absonderungsrecht liegt daher von selbst ein Vorrang vor den Konkursgläubigern. Bleibt nach Befriedigung der Absonderungsberechtigten von dem betreffenden Gegenstande resp. seinem Erlös noch etwas übrig, so fließt dies den Konkursgläubigern zu. Umgekehrt können die Absonderungsberechtigten, wenn sie auch eine persönliche Forderung wider den Gemeinschuldner haben[27]) und bei ihrem Absonderungsrecht einen Ausfall befürchten, auch die persönliche Forderung als Konkursgläubiger verfolgen[28]), und erhalten als solche von jenem Ausfall die Konkursdividende.)

c) Sodann gibt es noch sog. Massegläubiger. Diese sollen vorab aus dem Vermögen des Gemeinschuldners befriedigt werden (§ 57 ff. KO.). Sie werden zwar aus der Konkursmasse befriedigt, aber nicht im Konkursverfahren. Erst nach ihrer Befriedigung ergibt sich, was unter die Konkursgläubiger (nach den Regeln des Konkursverfahrens) zur Vertheilung kommt. Masseforderungen dieser Art sind (§§ 58—59 KO.) die Massekosten (Kosten des Verfahrens einschließ-

21) Nach Maßgabe des Landesrechts. S. Art. 59 EG.BGB.

22) S. o. Bd. I § 31 Ziff. 2 gegen Ende.

23) Im gleichen Verhältniß stehen nach §§ 1981 Abs. 2, 1984 ff. BGB. die Gläubiger eines Nachlasses zu den persönlichen Gläubigern des Erben, wenn sie durch Antrag auf Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses die Vereinigung des Nachlaßvermögens mit dem übrigen Vermögen des Erben verhindern. Schon die Römer bezeichneten dies als beneficium „separationis". Nur die Einkleidung ist heute eine andere. S. darüber im Erbrecht.

24) Gemeinrechtlich wurde dafür eine Art Partikularkonkurs eröffnet. — Damit hing die Eintheilung der im Konkurse zu befriedigenden Personen in 5 Klassen zusammen, die jetzt beseitigt ist. Es gab 1) absolut privilegirte Gläubiger, 2) privilegirte Pfandgläubiger, 3) einfache Pfandgläubiger, 4) privilegirte Gläubiger, 5) einfache Gläubiger. Ueber die privilegia exigendi s. noch unten zu Note 41.

25) Also insbesondere nach den Regeln des Mobiliar- oder Immobiliarpfandrechts und der Zwangsvollstreckung daraus, — der Gemeinschaftstheilung ꝛc.

26) S. z. B. besonders ausführlich § 10 d. RG. betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken v. 24. März 1897.

27) Z. B. eben die durch Pfandrecht gesicherte Forderung.

28) Das nähere Verhältniß der Geltendmachung des einen und anderen Anspruchs ist hier nicht darzustellen. S. dazu § 64 KO.

lich der Vermögensverwaltung) und Masseschulden: Ansprüche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters[29]), sowie aus rechtlosen Bereicherungen der Masse; ferner Ansprüche aus zweiseitigen noch nicht erfüllten Verträgen, soweit auch die Gegenleistung zur Konkursmasse zu erfolgen hat[30]). Bezüglich solcher Geschäfte[31]) haben die Konkursgläubiger (resp. der Konkursverwalter) im Allgemeinen die Wahl, ob sie dieselben zur Konkursmasse ziehen wollen oder nicht[32]). Es kann also weder der Gegenkontrahent des Gemeinschuldners unter Angebot der Gegenleistung unverkürzte Erfüllung aus der Masse erzwingen[33]), noch kann die Konkursverwaltung vom Kontrahenten des Gemeinschuldners volle Leistung verlangen und ihn bezüglich seiner Gegenansprüche auf die Konkursdividende verweisen[34]). Vielmehr können die Konkursgläubiger resp. der Verwalter[35]) nur Beschluß fassen, ob sie das Geschäft als solches (also mit den daraus entspringenden Rechten und Pflichten) zur Aktivmasse ziehen wollen oder nicht. Thun sie es, so können sie vom Gegenkontrahenten Erfüllung nur gegen volle Befriedigung seiner Ansprüche aus dem Geschäft verlangen (so entsteht die Masseschuld); thun sie es nicht, so kann der Gegner Schadensersatz wegen Nichterfüllung[36]) als Konkursgläubiger verlangen. Nach der Konkurseröffnung kann der Gegenkontrahent wider den Verwalter auf unverzügliche Erklärung der Wahl dringen[37]). Unterbleibt die Erklärung, so kann Erfüllung nicht mehr verlangt werden. Bei Fixgeschäften über Waaren mit Markt- oder Börsenpreis besteht überhaupt nur ein Anspruch wegen Nichterfüllung[38]).

29) Insbesondere sind Rechtsgeschäfte des Konkursverwalters mit Dritten gemeint. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 25 S. 28, Bd. 28 S. 150.

30) § 59 Ziff. 2 KO. Diese Bestimmung verweist auf § 17 KO. zurück. Hier ist nur das Prinzip anzudeuten.

31) Hätte der Gemeinschuldner ganz erfüllt, so gehört seine Gegenforderung einfach zur Aktivmasse; hätte der Gegner des Gemeinschuldners erfüllt und dieser nicht, so ist er Konkursgläubiger für seine Gegenleistung. S. § 26 KO.

32) Bei Anwendung der allgemeinen Vorschriften bestände ein Recht des Rücktritts vom Vertrage nur nach Maßgabe der §§ 326, 346 ff. BGB. (s. o. §§ 171, 174 ff.). Abgesehen davon müßte beiderseits erfüllt werden. Dies ist hier zu eng und zweifellos unzweckmäßig.

33) S. auch Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 139.

34) Dies widerspräche den Grundsätzen von §§ 168, 169 oben. Es muß also eine Lösung gefunden werden, zufolge deren beiderseits ganz oder gar nicht erfüllt wird.

35) S. dazu noch § 133 Ziff. 2 KO.

36) Weil das Geschäft nicht zur Erfüllung kommt.

37) Erklärung des Verwalters nach Einholung der in § 133 KO. erwähnten Genehmigung des Gläubigerausschusses. Daher auch das „ohne Verzug" in § 17 Abs. 2 das. (entsprechend dem „unverzüglich" in § 121 BGB.).

Stellt sich heraus, daß die Aktivmasse nicht einmal zur Befriedigung sämmtlicher Massegläubiger ausreicht, so werden zuerst die Massefchulden, dann die Massekosten (nach näherer Anleitung des § 60 KO.) berichtigt.

3. Hiernach verbleiben dann die einfachen Konkursforderungen, deren Befriedigung im Konkursverfahren erfolgt, und zwar gemeinsam (soweit die Masse reicht) und unter gegenseitiger Beschränkung. Zur Ausgleichung von Zufälligkeiten sollen alle zur Zeit vorhandenen Gläubiger, die sich gemeldet haben, berücksichtigt werden — bei Forderungen von unbestimmtem Betrage und noch nicht fälligen oder bedingten Forderungen unter Abrechnung des Zwischenzinses resp. nach ihrem präsenten Geldwerth[39]). §§ 65—67, 69 u. 70 KO.

Jedoch

a) Gewisse Forderungen können im Konkursverfahren überhaupt nicht geltend gemacht werden. So namentlich nicht Geldstrafen[40]) und Forderungen aus Freigebigkeiten des Gemeinschuldners. § 63 KO.

b) Gewisse Forderungen sind privilegirt, d. h. werden aus den verfügbaren Mitteln zuerst befriedigt[41]). Die privilegirten Konkursforderungen sind (mit ihrer Rangordnung) in § 61 KO. aufgezählt. Die Bevorzugung beruht auf sozialen und fiskalischen Rücksichten.

4. Der Zweck des Konkurses ist nur Gleichstellung der Gläubiger[42]), nicht die unbedingte Befreiung des Schuldners. Tilgung der angemeldeten Forderungen[43]) tritt nur insoweit ein, als eine Befriedigung der Gläubiger erreicht wird. Hier erfolgt die Tilgung durch die Befriedigung (Erfüllung). Im Uebrigen behalten die Gläubiger ihre An-

38) S. § 18 KO. und oben § 172 zu Ende. — Bei Mieth- und Pachtverträgen gelten Spezialbestimmungen (insbesondere zu Gunsten der Auflösung ex nunc) s. §§ 19 ff.; bei Dienstverträgen § 22 KO.

39) S. o. § 156, sowie Bd. I §§ 99 Note 16, § 102 Note 11. Bedingte Forderungen berechtigen im Konkurse nur zu einer Sicherheit (der auf die Forderung entfallende Betrag ist nach § 169 KO. zu hinterlegen). Jedoch ist die Berücksichtigung bei der Schlußvertheilung ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine so entfernte ist, daß die bedingte Forderung keinen gegenwärtigen Vermögenswerth repräsentirt. § 154 KO. Forderungen unter auflösender Bedingung sind wie unbedingte geltend zu machen. S. dazu noch eventuell § 168 Ziff. 4 KO.

40) Auf Grund öffentlichen Rechts. Nicht gemeint sind Vertragsstrafen und eine im Strafverfahren zuerkannte Buße. S. o. §§ 152, 178.

41) Es sind Forderungsrechte, aber sie haben ein sog. privilegium exigendi. Auch im gemeinen Konkursprozeß gab es privilegirte Gläubiger in großer Anzahl. S. o. Note 24.

42) Trotz der obigen Ungleichheiten. Es wird eine materielle, keine blos formale Gleichheit erstrebt.

43) Daß die nicht angemeldeten Forderungen unberührt bleiben, ist schon erwähnt. S. o. Note 9.

sprüche. Sie können dieselben nach Beendigung des Konkursverfahrens und der damit verbundenen Aufhebung des Vermögensbeschlags[44]) wieder ungehindert gegen den Schuldner verfolgen, soweit ihm noch (resp. wieder) Mittel zu Gebote stehen[45]).

2. Anfechtung von Rechtshandlungen seitens der Gläubiger*.

§ 184.

a) Allgemeiner Umfang und Inhalt des Anfechtungsrechts.

Es liegt nahe, daß bedrängte Schuldner in Erwartung der Zwangsvollstreckung oder der Einleitung des Konkursverfahrens[1]) bestrebt sind, ihr Vermögen dem Zugriff ihrer Gläubiger zu entziehen, sei es durch Veräußerung von Vermögensgegenständen an Dritte oder durch sonstige Verfügungen. Sind diese Rechtshandlungen nicht ernsthaft gemeint, so sind sie nach allgemeinen Grundsätzen nichtig[2]). Aber sehr häufig ist die Uebertragung wirklich gewollt, sei es als fiduziarische[3]), oder weil sie in anderer Art dem Schuldner Vortheil bringt[4]). Ebenso kommt es vor, daß Schuldner durch Vergrößerung der Passivmasse oder durch vorzugsweise Befriedigung einzelner Gläubiger, insbesondere in einer Art wie letztere die Befriedigung nicht zu erwarten hatten[5]), ihre anderen Gläubiger benachtheiligen. Hier versagt das Schutzmittel gegen Simulation. Die betreffenden Akte sind als solche keineswegs nichtig[6]). Es bedarf daher eines besonderen Schutzes

---

44) S. o. Note 10.

45) Anders, wenn ein sog. Zwangsvergleich stattgefunden hat. Darüber s. u. § 195 Ziff. III.

*) S. die Litteratur Bd. I § 80 Note 44 u. oben § 183. Dazu neuestens Wendt im civilist. Archiv Bd. 91 S. 442 (dessen Ausführung mich nicht überzeugen kann). Vgl. auch Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 28; ferner Mandry-Geib, Civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze § 50.

1) Das ja auch nur ein Generalexekutionsverfahren darstellt. S. o. § 183.

2) Nach den Grundsätzen der Simulation. S. o. Bd. I § 93 Ziff. 2. Die Schwierigkeiten betreffen hier nur unter Umständen den Beweis. — Der simulirte Rechtsakt unterfällt also niemals den Anfechtungsgesetzen.

3) Vgl. Bd. I § 76 Ziff. I.

4) Z. B. indirekte bei Uebertragungen an die Ehefrau oder nahe Verwandte u. s. w. Dann ist die Verfügung ernstlich, also keineswegs als bloßes Scheingeschäft nichtig.

5) Z. B. vorzeitig oder durch Gewährung von Sicherheiten, auf die sie nach ihrer ursprünglichen Rechtsstellung keinen Anspruch hatten ꝛc. Vgl. § 30 KO.

6) Ja häufig erzwingt der begünstigte Gläubiger geradezu den Rechtsakt. Z. B. er pfändet und vollstreckt unmittelbar vor Ausbruch des

der Gläubiger gegen derartige wider Treu und Glauben verstoßende, den Kredit gefährdende Manipulationen[7]).

Diesen Schutz gewähren die Anfechtungsgesetze. RG. v. 21. Juli 1879 resp. §§ 29 ff. KO. Der benachtheiligte Gläubiger hat das Recht, die ihn in seinem Zugriff auf das Schuldnervermögen verkürzende Rechtshandlung anzufechten[8]) und auf Grund dessen in den Gegenstand die Zwangsvollstreckung zu betreiben, wie wenn der Gegenstand nie aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden wäre[9]). Dasselbe Anfechtungsrecht hat im Konkurse über das Vermögen des Gemeinschuldners der Konkursverwalter, und zwar im Interesse der Gesammtgläubigerschaft. Hier werden durch die Anfechtung die entfremdeten Gegenstände zur Konkursmasse gezogen und bilden ein Objekt der Vertheilung. Die nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen[10]) sind schon von selbst den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam (§ 7 KO.); es bedarf also, um sie zur Masse zu ziehen, gar nicht erst einer Anfechtung.

1. Das Anfechtungsrecht gegen Verkürzung der Gläubiger geht in seiner Entwickelung Hand in Hand mit dem immer raffinirteren Geschäftsgebahren der Schuldner. Der Ausgangspunkt liegt im römischen Recht; doch reichten dessen Bestimmungen für unsere Bedürfnisse nicht aus. Wir verlangen einen durchgreifenderen Schutz der Gläubiger und einen weiteren. Die Gläubigeranfechtung ist zu einer Spezialmaterie geworden[11]), von der wir hier nur die Hauptgrundsätze herausheben können.

a) Das römische Recht gewährte gegen Rechtshandlungen, durch welche der Schuldner in der Absicht und mit dem Erfolge, seine

---

Konkurses. Hier ist es, wie so oft, am Platze, der freiwilligen Rechtshandlung des Schuldners, die durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erzwungene gleichzustellen. S. dazu insbesondere noch unten Ziff. 3.

7) Insbesondere der Gleichstellung der Gläubiger. Vgl. z. B. § 183 bes. Ziff. 4.

8) Resp. soweit sie ihn benachtheiligt!

9) S. dazu noch unten Ziff. 2.

10) Im Gegensatz zum röm. Recht, wo sich die paulianische Anfechtung auch auf die nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen des Schuldners bezog (weil der Konkurs, abgesehen vom Zahlungsverbot, keine Verfügungsbeschränkungen des Gemeinschuldners herbeiführte). S. dagegen heute oben § 183 Note 8.

11) Der Schwerpunkt derselben liegt im Konkurse, ebenso wie der Ausgangspunkt der geschichtlichen Entwickelung dieser Lehre. Denn beim Konkurs kamen die mißbilligten Machinationen erklärlicherweise am allermeisten vor. Die Ausbildung der (individuellen) Anfechtung außerhalb des Konkurses ist eine (noch im gemeinen Recht bestrittene) Erweiterung. Ihre Entwickelung liegt hauptsächlich im preuß. Recht (Verordn. v. 26. April 1835 u. Ges. v. 9. Mai 1855).

Gläubiger zu benachtheiligen, Vermögensstücke veräußert hatte, eine Klage[12]). Diese stand den benachtheiligten Gläubigern bezw. dem Konkurskurator zu und ging gegen den Erwerber der entfremdeten Gegenstände; jedoch regelmäßig nur dann, wenn dieser die Absicht der Gläubigerbenachtheiligung gekannt hatte, also eine regelrechte Kollusion vorlag[13]). In diesem Falle ging die Klage auf vollständige Herausgabe des Empfangenen nebst Zinsen und Früchten; — fehlte die Kenntniß der Verkürzungsabsicht auf Seiten des Erwerbers[14]) oder wurde die Klage erst nach Jahresfrist[15]) seit dem Erwerb erhoben, so ging sie nur auf die vorhandene Bereicherung[16]). Ein dritter Erwerber der entfremdeten Gegenstände haftete nur dann, wenn auch bei ihm Kenntniß der fraudatorischen Natur des Aktes vorlag[17]).

Diese wesentlich deliktische Grundlage des Anfechtungsrechts wurde auch im gemeinen und den älteren Partikularrechten[18]) nicht aufgegeben. Auch die Struktur des Rechts ist hier die eines Anspruchs[19]) auf Rückgängigmachung der Geschäftswirkung, soweit sie die Gläubiger benachtheiligt. Die Anfechtung ist obligatorisch.

b) Das deliktische Anfechtungsrecht erwies sich jedoch in der Folge als unzureichend. Der Schutz der Gläubiger wurde schon seit dem 14. Jahrhundert im italienischen Statutarrecht, dann im französischen

---

12) Die actio Pauliana. Ob es eine oder mehrere später verschmolzene Klagen waren, kann hier dahingestellt bleiben.

13) Eine fraus. Die Klage geht unter der Rubrik: quae in fraudem creditorum facta (rel alienata) sunt. Tit. Dig. 42, 8; Cod. 7, 75. Man spricht von einer fraudatorischen Klage. Damit ist der Standpunkt des röm. Rechts gekennzeichnet. Es handelt sich um ein subjektives Unrecht bei der Veräußerung: um ein Delikt. Wir reden in diesem Sinne von deliktischer Anfechtung.

14) So insbesondere, wenn er den Gegenstand geschenkt erhielt. Dies war schon eine Erweiterung der Klage.

15) Durch den Zeitablauf tritt eine Art Sanirung des Zustands ein, wie auch sonst wohl gelegentlich im Rechtssystem nach Ablauf von Jahr und Tag. Doch wurde die Frist utiliter berechnet. Vgl. l. 6 §§ 10—14, l. 10 §§ 18, 24, l. 25 pr. Dig. h. t.

16) Ebensoweit nach röm. Recht nur gegen die Erben des Empfängers (l. 10 § 25, l. 11 Dig. h. t.), während diese nach gemeinem Recht bis zum Belauf der Erbschaft haften.

17) Vgl. l. 9 Dig. h. t.

18) Vgl. Code Nap. Art. 1167 und die dürftigen Bestimmungen des Preuß. A.L.R. I Tit. 11 §§ 640 ff., 1129, 1133 (vgl. AGO. I, 50 §§ 42, 44, 53—55). Heutzutage beruhen auf diesem Gesichtspunkt noch die Vorschriften § 31 KO. und außerhalb des Konkurses § 3 Ziff. 1 u. 2 RG. betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen ꝛc. v. 21. Juli 1879.

19) Modern gesprochen. Die alten Vorschriften gebrauchen meist andere Ausdrücke. Der Gedanke der actio (Pauliana) wird fortgesetzt.

20) S. darüber die Motive der KO. S. 96, Cosack, Anfechtungsrecht S. 4 und besonders Kohler, Konkursrecht §§ 37 ff.

Handelsrecht erweitert[20]). Der Konkurs bezweckt eine wesentliche Gleichstellung der Gläubiger. Diese soll nicht gestört werden durch unmittelbare Begünstigung einzelner Gläubiger und sonstige willkürliche Verschiebungen[21]). Niederschlag dieses Rechtsgedankens ist die Bestimmung des französischen Handelsgesetzbuchs (Art. 442 ff.), wonach[22]) Geschäfte bestimmter Art, insbesondere Begünstigungen einzelner Gläubiger, welche bis 10 Tage vor der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners liegen, für nichtig erklärt werden, — nach dem Fallimentsgesetz vom 28. Mai 1838 wenigstens bei Kenntniß des Mitkontrahenten von der Krisis. Dies geht in die preußische Konkursordnung[23]) und auf diesem Wege in die Reichskonkursordnung über[24]). Der Zahlungseinstellung wird der gestellte Antrag auf Konkurseröffnung gleichgeachtet. Wir gelangen somit neben der deliktischen zu einer besonderen konkursmäßigen Anfechtung[25]). Hier wird kein fraudatorischer Akt[26]), sondern das objektive Unrecht überhaupt getroffen, welches darin liegt, daß einzelne Gläubiger noch voll befriedigt werden, wenn schon die Vorzeichen des Konkurses vorhanden sind.

c) Schließlich hat die moderne Gesetzgebung auch für Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen überhaupt die objektive Verkürzung für genügend erklärt[27]), wenn die Verfügung innerhalb bestimmter Frist vor der Konkurseröffnung oder der individuellen Anfechtung des einzelnen Gläubigers vorgenommen worden ist. Es wird zur Anfechtung in diesem Falle weder fraudatorische Absicht des Schuldners noch Kenntniß einer solchen Absicht auf Seiten des Begünstigten verlangt. So reiht sich als dritte Art der Anfechtung die sog. Schenkungsanfechtung an[28]).

---

21) Während die actio Pauliana nur vorzeitige Leistung traf. Vgl. l. 10 § 12 l. 17 § 2 Dig. h. t.

22) Neben der Einführung der Nichtigkeit aller Rechtsakte des Gemeinschuldners nach seiner Zahlungseinstellung. S. schon oben § 183 Note 8. Heute in Unwirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern verwandelt. § 7 KO. Nur soweit die Unwirksamkeit wegen der Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht durchzuführen war, verbleibt es nach § 42 KO. bei der Anfechtbarkeit.

23) Unter Verwandlung der Nichtigkeit in bloße Anfechtbarkeit nach Art des paulianischen Rechtsmittels (s. o.).

24) Vgl § 30 KO.

25) Diese wird in die Schablone der actio Pauliana eingezwängt. Die Motive der Konkursordnung reden irrig geradezu von einer Dolusprāsumtion. Dagegen mit Recht Cosack a. a. O. S. 15. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 21 S. 420.

26) Absicht, die anderen Gläubiger zu benachtheiligen.

27) Wie oben bei Note 26.

28) Vgl. für den Fall des Konkurses § 32 KO.; im Uebrigen § 3 Ziff. 3

2. Schließlich war das Anfechtungsrecht wegen Verkürzung der Gläubiger in seinen verschiedenen Formen auch durchgreifender zu gestalten: d. h. aus einem blos obligatorischen Anspruch zu einem wahren (dinglich wirkenden) Anfechtungsrecht. Dies ist durch die Reorganisation der cit. Gesetze im Anschluß an das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschehen[29]). Danach wird das Recht geltend gemacht durch Anfechtungserklärung des benachtheiligten Gläubigers[30]) resp. des Konkursverwalters[31]) gegenüber dem Begünstigten[32]) als Anfechtungsgegner[33]). Durch die Anfechtung wird der betreffende Rechtsakt dem anfechtenden Gläubiger resp. (im Konkursfall) den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam, soweit sie dadurch in ihrer materiellen Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners beschränkt werden; — genau so wie die nach der Konkurseröffnung vorgenommenen entsprechenden Rechtshandlungen des Gemeinschuldners von selbst den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind[34]).

a) Aus der vollzogenen Anfechtung ergeben sich (je nach der Sachlage) Ansprüche auf Herausgabe des entfremdeten Gegenstandes, auf Duldung der Zwangsvollstreckung in denselben seitens des anfechtenden Gläubigers u. dgl. Diese Ansprüche beruhen auf der durch Anfechtung herbeigeführten Unwirksamkeit des Grundgeschäfts. Sie haben also niemals deliktischen Charakter, auch wenn die Anfechtung im gegebenen Fall deliktische Grundlage hat[35]). Sie können ding-

---

u. 4 RG. v. 21. Juli 1879. — Auch diese Art der Anfechtung wurde zunächst noch in das Prokrustesbett der actio Pauliana gezwängt. Ueber die heutige Umgestaltung aller drei Anfechtungsrechte s. Ziff. 2.

29) Neufassung der Konkursordnung und des RG. v. 21. Juli 1879 durch RG. v. 17. Mai 1898 und Bekanntmachung des Reichskanzlers v. 20. Mai 1898.

30) Bei der individuellen Anfechtung.

31) Im Konkurse über das Vermögen des Gemeinschuldners.

32) D. i. derjenige, welcher durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners etwas erlangt hat. S. übrigens noch unten lit. b.

33) S. o. Bd. I § 80 Note 25 ff.

34) Ueber die Bedeutung dieser sog. relativen Unwirksamkeit s. o. Bd. I § 80 zu Note 31. Rechtfertigung der konstruktiven Umgestaltung s. daselbst Ziff. III (bei Note 44 ff.). Die Folge ist z. B.: wenn der anfechtende Gläubiger sich aus dem entfremdeten Gegenstande befriedigt hat oder der Konkurs zu Ende ist, kann der (Gemein-)schuldner seinem Vertragsgegner das, was von dem betreffenden Gegenstand noch übrig ist, nicht streitig machen. Ueberhaupt bleibt der Vertrag in deren Verhältniß zu einander wirksam und kann die entsprechenden Rechtsfolgen (auf Gewährleistung, Schadensersatz ꝛc.) nach sich ziehen.

35) Dies ist für den Gerichtsstand der Ansprüche aus der vollzogenen Anfechtung wichtig. § 32 CPO. ist nicht anwendbar. Für uns ergibt sich aus dem Gesagten die systematische Stellung der Lehre. Diese wird bedingt durch das Ziff. 1 erwähnte dreifache Anfechtungsrecht als Hülfsmittel der Zwangsbeitreibung einer Forderung. Die aus der Anfechtung

liche oder persönliche Natur haben[36]), auf Bewilligung der Grundbuchsberichtigung durch Wiedereintragung des Schuldners als Eigenthümer, auf Löschung eingetragener dinglicher Lasten, auf Rückgabe beweglicher Sachen oder der veräußerten Werthpapiere oder des (in Folge des weggefallenen Grundgeschäfts) nunmehr ohne Rechtsgrund beim Erwerber Befindlichen gehen[37]). Der gutgläubige Erwerber einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe stets nur bis zum Belauf der noch vorhandenen Bereicherung zurückzugeben. § 7 RG. v. 21. Juli 1879, § 37 KO. Im Konkursfall hat die Rückgewähr stets zur Konkursmasse zu erfolgen, um die Verwerthung des entfremdeten Gegenstandes für die Gesammtgläubigerschaft zu ermöglichen; außerhalb des Konkurses beschränken sich die aus der Anfechtung resultirenden Ansprüche auf die Ermöglichung der Befriedigung des einzelnen anfechtenden Gläubigers[38]). Geräth nach der individuellen Anfechtung (durch einen einzelnen Gläubiger) der Schuldner in Konkurs, so steht die Verfolgung der erhobenen Ansprüche nunmehr ausschließlich dem Konkursverwalter zu[39]).

Eine etwaige Gegenleistung des Erwerbers der entfremdeten Gegenstände ist dem letzteren von Seiten des anfechtenden Einzelgläubigers niemals zu erstatten. Der Erwerber kann sich dieserhalb nur an den Schuldner halten. Bei der Anfechtung im Konkurse erfolgt die Erstattung aus der Konkursmasse, — aber nur soweit sich die Gegenleistung noch in derselben befindet oder die Masse dadurch bereichert ist. Darüber hinaus kann der Erwerber seinen Anspruch auf die Gegenleistung nur als Konkursgläubiger geltend machen[40]). § 8 RG. v. 21. Juli 1879 u. § 38 KO.

b) Aus allgemeinen Grundsätzen würde folgen, daß die dem ersten

---

resultirenden Ansprüche sind heutzutage nur etwas Sekundäres, für die Stellung der Lehre nicht Ausschlaggebendes.

36) Uebrigens kann die Anfechtung mit klageweiser Geltendmachung der hier besprochenen aus der Anfechtung resultirenden Ansprüche verbunden werden. Davon handelt § 9 RG. v. 21. Juli 1879. Die Anfechtung kann auch im Wege der Einwendung in einem anderen Prozesse wider den Anfechtungsgegner erfolgen. Davon handelt § 5 des Gesetzes (der untechnisch das Wort „Einrede" gebraucht). Vgl. Bd. I § 126 Note 4.

37) Andere Möglichkeiten s. o. Bd. I § 80 Note 53.

38) S. o. Bd. I § 80 Note 56. — Wegen Schadensersatz, Haftung für Nutzungen, Ersatz von Verwendungen gelten die Grundsätze §§ 818 ff. BGB. (s. u. § 323), nach der Rechtshängigkeit des Anspruchs auch die allgemeinen Vorschriften der §§ 292, 987—990 BGB., ebenso eventuell nach Inverzugsetzung die Verzugsregeln (s. o. §§ 160, 162). Hellwig S. 482 ff.

39) Nach näherer Anleitung des § 13 RG. v. 21 Juli 1879.

40) D. h. er wird dafür auf die Konkursdividende beschränkt. S. o. § 183. Die Forderung des Empfängers einer angefochtenen Leistung tritt mit Rückgewähr des Empfangenen von selbst wieder in Kraft. § 39 KO.

Erwerber der entfremdeten Gegenstände erklärte Anfechtung auch gegen dessen Sonderrechtsnachfolger wirkt: daß diese so angesehen werden müßten, als hätten sie von einem Nichtberechtigten erworben. Die Rechte der Sondernachfolger fielen dann also mit der Anfechtung gegen den ersten Erwerber zusammen, es sei denn, daß die Rechtsnachfolger auf Grund ihres guten Glaubens im gegebenen Falle auch von einem Nichtberechtigten gültig erwerben konnten[41]). Indeß haben die Anfechtungsgesetze (§ 11 RG. v. 21. Juli 1879 resp. § 40 KO.) die Anfechtung gegenüber den Sonderrechtsnachfolgern[42]) selbständig geordnet. Danach hat die Anfechtung dem Sondernachfolger gegenüber zu erfolgen. Sie ist aber nur zulässig

α. wenn der Sondernachfolger zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen Kenntniß hatte, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbs seines Rechtsvorgängers begründeten. Im Gegensatz zur Regel[43]) wird also hier jede Art des gutgläubigen Rechtserwerbs geschützt (z. B. auch die erfolgte Abtretung einer Forderung); und als böser Glaube im Sinne dieser Vorschriften gilt nur das Kennen, nicht auch die grobfahrlässige Unkenntniß der Anfechtbarkeit des Rechtserwerbs des Vorgängers. S. die cit. §§ Abs. 2 Ziff. 1 u. 2.

β. Im Uebrigen haftet der Sondernachfolger, wenn er von seinem Rechtsvorgänger unentgeltlich erwarb, auf die vorhandene Bereicherung. S. eod. Abs. 2 Ziff. 3[44]).

3. Es ist schon hervorgehoben[45]), daß die anfechtbare Rechtshandlung nicht unter allen Umständen eine solche des Schuldners resp. ein freiwilliger Rechtsakt desselben zu sein braucht. Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß für die Handlung ein vollstreckbarer Schuldtitel des Gläubigers bestand, oder daß sie im Wege der Zwangsvollstreckuug oder Arrestvollziehung wider den Schuldner durchgesetzt wurde. § 6 AnfG., § 35 KO. Insbesondere bei der konkursmäßigen Anfechtung[46]), wo sich ein Gläubiger durch die anfechtbare Rechtshandlung Sicherung oder Befriedigung vor anderen Konkursgläubigern verschafft hat, ist eine Mitwirkung des Schuldners zu der Handlung überhaupt nicht zu verlangen. § 29 KO.

41) S. o. Bd. I § 80 Note 34. Hellwig S. 487 ff.

42) Die Bestimmung wegen der allgemeinen Rechtsnachfolger (Abs. 1 beider Paragraphen) versteht sich von selbst.

43) S. o. Bd. I § 71 Note 13, sowie § 109 zu Note 36.

44) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen über die Zurückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung. S. § 822 BGB. u. unten §§ 317 ff.

45) S. o. Note 6.

46) S. o. Ziff. 1b und § 30 KO.

bringt dies (im Gegensatz zu § 1 AnfG.) dadurch zum Ausdruck, daß er überhaupt nur von Rechtshandlungen, nicht speziell von solchen „des Schuldners" redet[47]).

4. Rechtshandlungen[48]) sind selbstverständlich nicht blos Rechtsgeschäfte. Sondern jeder auf dem Willen beruhende Akt: jedes Thun oder Unterlassen, das eine juristische Thatsache (Bd. I § 71) darstellt also die Entstehung, Aenderung oder Endigung von Rechten und Rechtsverhältnissen bezweckt und (im vorliegenden Zusammenhang) geeignet ist[49]), unmittelbar oder in seiner Folge den anfechtenden Gläubiger oder die Gläubigerschaft zu benachtheiligen. Der gesetzliche Ausdruck ist absichtlich so weit gewählt; im Gegensatz zum älteren Recht[50]), das wesentlich nur Veräußerungen traf. Anfechtbar ist z. B. auch die Zurückweisung eines Rechtserwerbs[51]), das Unterlassen der Protestirung eines Wechsels[52]) u. dgl., sofern nur die anderen Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen.

5. Da das Anfechtungsrecht kein Anspruch ist, so kann es nicht verjähren. Dafür ist es an eine gesetzliche Frist geknüpft.

Die individuelle Anfechtung ist nach Verlauf von 30 Jahren seit Vornahme der Rechtshandlung ausgeschlossen, die spezifisch deliktische[53]) schon nach 10 Jahren (unter Umständen mit Hemmung[54]) nach Verjährungsgrundsätzen). § 12 AnfG. — Im Konkurs kann jede Anfechtung nur binnen Jahresfrist seit der Eröffnung des Verfahrens erfolgen (übrigens mit gleicher eventueller Hemmung[55]) der Frist). Die spezifisch deliktische Anfechtung[56]) ist mit Ablauf von 30 Jahren seit

---

47) Dagegen sind die Rechtshandlungen des Vertreters oder Erblassers des Schuldners natürlich als Rechtshandlungen des Schuldners selbst anzusehen.

48) Vgl. o. Bd. I § 72; Entsch. d. RG. Bd. 22 S. 377. Cosack a. a. O. S. 46.

49) In diesem Sinne muß Kausalzusammenhang zwischen der Rechtshandlung und der Benachtheiligung bestehen. Dieser ist z. B. nicht vorhanden, wenn für die Veräußerung ein gleichwerthiges Entgelt erlangt wurde (Entsch. d. RG. Bd. 27 S. 99, Bd. 29 S. 79, Bd. 33 S. 123 u. Cit.), wenn durch Pfandrechte völlig überlastete Gegenstände weggegeben wurden u. dgl.

50) Der actio Pauliana. Auch hierin liegt die moderne Erweiterung des Rechtsmittels.

51) Gegen l. 6 pr. — § 5 Dig. h. t. 42, 8. Cosack S. 66.

52) Cosack S. 48.

53) Anfechtung von Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat. S. § 3 Ziff. 1 Anf.Ges. u. oben Ziff. 1a.

54) Die §§ 203 Abs. 2, 206 u. 207 BGB. sind anwendbar.

55) S. die vor. Note. Nur § 206 BGB. ist hier, weil nicht passend, fortgelassen.

56) S. o. Note 53. Vgl. § 41 Abs. 1 Satz 3 KO.

Vornahme der Handlung überhaupt ausgeschlossen[57]). § 41 Abs. 1 KO. Uebrigens ist auch nach Verlust des Anfechtungsrechts der Konkursverwalter immer noch berechtigt, eine durch die anfechtbare Rechtshandlung begründete Leistungspflicht des Gemeinschuldners durch Einrede abzuwehren[58]). Abs. 2.

§ 185.

b) Die einzelnen Anfechtungsgründe.

Die Anfechtung setzt voraus, daß die Benachtheiligung der Gläubiger auf einem besonders mißbilligten Geschäftsgebahren des Schuldners oder einzelner Gläubigerkonkurrenten beruht. Wir faßten die unzulässigen Arten von Rechtshandlungen in diesem Sinne in die drei großen allgemeinen Rubriken zusammen: deliktische (fraudatorische), — in Kenntniß der Konkursvorzeichen vorgenommene Rechtshandlungen — und unentgeltliche Verfügungen des Schuldners vor der Krisis[1]).

Es bleibt nunmehr das positive Detail der einzelnen Anfechtungsgründe zu entwickeln.

1. Die deliktische Anfechtung findet statt gegen Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat. § 3 Ziff. 1 AnfG.; § 31 Ziff. 1 KO. Hier liegt wahre Kollusion (zweiseitige fraus) der beiden Geschäftsbetheiligten vor, und diese ist vom Anfechtenden zu beweisen[2]). Es genügt aber Kenntniß des Effekts der Handlung, als einer die Gläubiger benachtheiligenden[3]); nicht ist erforderlich die Absicht dieser Benachtheiligung[4]). Ob die Kennt-

---

57) Entsprechend dem Grundsatz des § 124 BGB.

58) Entsprechend dem Grundsatz „Anspruch vergeht, Einrede besteht" (vgl. Bd. I § 114 bei Note 9), bleibt hier nach Verlust des Anfechtungsrechts im Interesse der Gesammtgläubigerschaft eine Einrede wider den durch die anfechtbare Rechtshandlung erzeugten Anspruch übrig.

1) S. o. § 184 Ziff. 1.

2) S. auch Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 177.

3) Resp. daß sie geeignet war, nach Lage der Sache die Gläubiger zu benachtheiligen. S. o. § 184 Note 49. Also ist anfechtbar z. B. unter Umständen selbst die Zahlung einer fälligen Schuld, wenn der Beweis einer Begünstigung erbracht werden kann. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 16 S. 61, Bd. 23 S. 9, Bd. 38 S. 103. Der Empfänger muß aber wissen, daß die Zahlung an ihn vorzugsweise geschieht und die Befriedigung anderer Gläubiger beeinträchtigt.

4) Bosheit, Chikane ist nicht zu verlangen. Es genügt die Kenntniß oder Erkenntniß, daß die wirklich beabsichtigten Zwecke sich nicht ohne Benachtheiligung der Gläubiger erreichen lassen. Cosack a. a. O. S. 77.

niß aus den erwiesenen Thatsachen hervorgeht, ist letztlich Sache der freien richterlichen Beurtheilung[5]).

Immerhin ist der Beweis der Benachtheiligungsabsicht für den anfechtenden Dritten in vielen Fällen nicht leicht zu führen. Das Gesetz erleichtert daher den Beweis bei entgeltlichen[6]) Verträgen des Schuldners mit seinem Ehegatten[7]) oder mit gewissen nahen Verwandten[8]), sofern der Vertrag im letzten Jahre vor der Anfechtung oder der Konkurseröffnung geschlossen ist und den Benachtheiligungseffekt hat. Sind diese Voraussetzungen vorhanden[9]), so wird die beiderseitige Kollusionsabsicht ohne Weiteres angenommen, ist also vom Anfechtenden nicht noch zu beweisen. Vielmehr ist es Sache des Anfechtungsgegners, darzuthun, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war. § 3 Ziff. 2 AnfG.; § 31 Ziff. 2 KO.

2. Die konkursmäßige Anfechtung bezweckt Gleichstellung der Gläubigerschaft. Anfechtbar sind daher

a) die nach der Zahlungseinstellung[10]) oder dem Antrage auf Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden[11]), wenn dem anderen Theil zur Zeit des Geschäftsabschlusses jene Konkursvorzeichen (Zahlungseinstellung, Konkursantrag) bekannt waren.

Ebenso Befriedigungen[12]) oder Sicherstellungen[13]) einzelner

5) Es wird also im Allgemeinen genügen, daß die Kenntniß unter den obwaltenden Umständen schlechterdings nicht zu umgehen war. D. h. grobfahrlässiges Nichtkennen steht praktisch der Kenntniß gleich.

6) Wegen unentgeltlicher Verfügungen s. u. Ziff. 3. Ueber Entgeltlichkeit in diesem Zusammenhang s. Entsch. d. RG. Bd. 27 S. 134, Bd. 29 S. 300.

7) Vor oder während der Ehe.

8) Seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie; seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen. § 3 Ziff. 2 AnfGes.; § 31 Ziff. 2 KO.

9) Resp. vom Anfechtenden erwiesen.

10) Ueber die Zahlungseinstellung s. o. § 183 bei Note 14.

11) S. o. § 184 Note 49. Es kommt darauf an, ob der Abschluß des Geschäfts den Benachtheiligungseffekt hat. Dieser Effekt wird schon dann als vorhanden angenommen, wenn der Gemeinschuldner Objekte, die bei gewöhnlichem ordnungsmäßigen Gebahren im Vermögen geblieben und dadurch in die Konkursmasse gefallen wären, verfilbert und das Geld anderweitig verwendet hat. Entsch. d. RG. Bd. 18 S. 122 (anders Bd. 13 S. 42).

12) Auch Zahlung fälliger Forderungen. (Bei nichtfälligen s. u. lit. b.) Ebenso Erfüllungssurrogate wie Leistung an Erfüllungsstatt (unten § 187) u. dgl.

13) Nicht blos die oben Bd. I § 134 genannten, sondern jede Art Gewährung von Schutz gegen die Gefahr der Nichtbefriedigung, welche geeignet ist, die Konkursgläubiger zu benachtheiligen (daher nicht Bürgschaft, wohl aber Pfandbestellung, Ertheilung einer vollstreckbaren Urkunde für die Forderung 2c.).

Gläubiger nach erfolgter Zahlungseinstellung oder gestelltem Antrag auf Konkurseröffnung, falls der Anfechtungsgegner zu den Konkursgläubigern gehört und ihm zur Zeit des Akts jene Konkursvorzeichen bekannt waren. § 30 Ziff. 1 KO.

Die Kenntniß hat in beiden Fällen der Anfechtende zu beweisen[14]). Daß im letzteren Falle eine Mitwirkung des Schuldners zu dem Rechtsakt nicht erforderlich ist, ward schon erwähnt[15]).

b) Anfechtbar sind endlich die nach der Zahlungseinstellung, dem Eröffnungsantrag oder in den letzten 10 Tagen vorher[16]) erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Befriedigung oder Sicherung[17]) gewähren, die er überhaupt nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit[18]) zu beanspruchen hatte. Der Anfechtende hat diesen Rechtsmangel des Begünstigten, ebenso das Fallen des Rechtsakts in die kritische Zeit zu beweisen. Dem Begünstigten wird der Gegenbeweis verstattet, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Konkursvorzeichen (Zahlungseinstellung, Eröffnungsantrag), noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den anderen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war[19]). § 30 Ziff. 2 KO.

Auch hier braucht es sich nicht um unter Mitwirkung des Schuldners vorgenommene Rechtsakte zu handeln. —

Rechtshandlungen, welche früher als 6 Monate vor der wirklichen Konkurseröffnung liegen[20]), können jedoch wegen Kenntniß der Zahlungseinstellung überhaupt nicht mehr angefochten werden. § 33 KO.

3. Schließlich werden von der — konkurs- und außerkonkursmäßigen — Anfechtung unentgeltliche Verfügungen getroffen[21]), welche der Schuldner während des letzten Jahres vor der An-

14) S. dazu noch Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 115.

15) S. o. § 184 Ziff. 3. Z. B. Pfändungen, Beschlagnahmen werden getroffen, sofern sie dem Gläubiger eine vorher nicht vorhandene Sicherheit verschaffen.

16) Der Tag der Krisis selbst ist nicht mit einzurechnen. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 26 S. 5. — Quelle der Bestimmung ist Art. 446 des franz. FallimentsG. und § 101 der preuß. KO., die aber den unten erwähnten Gegenbeweis nicht eröffneten.

17) S. über diese Begriffe oben Note 12—13.

18) Also hierher gehören auch die vorzeitigen Zahlungen. — Auf die Sicherung muß ein civilistisches Recht bestanden haben. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 33, Bd. 32 S. 67. Ist eine Pfändung anfechtbar, so ist es selbstverständlich auch die auf Grund derselben erlangte Befriedigung.

19) Dieser negative Beweis wird praktisch sehr schwer zu führen sein.

20) Fristberechnung nach § 188 BGB.

21) Z. B. Schenkungen, unentgeltliche Verzichte und Schuldnachlässe, Zahlung fremder Schulden, Erbschaftsentsagungen ꝛc.

fechtung resp. Konkurseröffnung vorgenommen hat. Bei Verfügungen zu Gunsten seines Ehegatten erhöht sich die Frist auf zwei Jahre. Gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke an dritte Personen werden nicht getroffen. § 3 Ziff. 3 u. 4 AnfG.; § 32 KO.

Bei dieser Anfechtung sind nur die betreffenden Thatsachen darzuthun. Kenntniß eines Benachtheiligungseffekts seitens des Empfängers ist nicht erforderlich. Die Anfechtung beruht auf dem Gedanken, daß der lukrative Empfang in solchen Kollisionsfällen zurückzustehen hat. Dafür haftet der gutgläubige Empfänger auch nur auf die vorhandene Bereicherung[22]). § 7 Abs. 2 AnfG.; § 37 Abs. 2 KO.

C. Rechtswohlthaten für bedrängte Schuldner.

§ 186.

Wie das Gesetz die Gläubiger eines bedrängten Schuldners im Rahmen von Treu und Glauben vor Verkürzungen zu bewahren sucht[1]), so schützt es umgekehrt den Schuldner gegen übermäßige Zwangsbeitreibung. Im Lauf der Geschichte ist die Härte des Schuldrechts fortlaufend abgemildert worden — zeitweise sogar über das richtige Maß hinaus, sodaß dagegen neuestens wieder eine Reaktion eintrat.

1. In älterer Zeit stand den Gläubigern eines Schuldners, der seine Verbindlichkeiten nicht erfüllte, am letzten Ende die Personalexekution, also der Eingriff in die persönliche Freiheit des Schuldners zu Gebote[2]). Die Schuldhaft ist durch Reichsgesetz vom 29. Mai 1868 definitiv beseitigt[3]). Exekutionsobjekt ist jetzt nur das Vermögen des Schuldners. Und auch die Vermögensexekution wurde im Lauf der Zeit schrittweise gemildert. Generalexekution — Vermögensverkauf im Ganzen — findet nur noch im Falle des Konkurses, also bei Gläubiger-

22) Verlangt der Anfechtende mehr, so hat er die mala fides d. i. die erwähnte Kenntniß zu beweisen.

1) S. o. §§ 184 ff.

2) In verschiedenen Formen. Zuerst verfällt der Schuldner nach röm. Recht dem Gläubiger als Sklave, später muß er durch Arbeit die Leistung abverdienen; — bis in's 19. Jahrhundert hinein bestand die einfache Freiheitsentziehung: das Institut der Schuldhaft.

3) Es gibt jetzt nur noch Freiheitsentziehung zum Zweck der Willensbeugung eines Schuldners, welcher leisten kann, aber nicht leisten will. Jedoch nur

a) zur Erzwingung von Handlungen oder Unterlassungen des Schuldners, die nicht von anderen Personen an seiner Statt vorgenommen werden können. S. §§ 890 ff. CPO. u. oben § 141 zu Note 3 ff.;

b) zur Rechtssicherung, in Gestalt des Personalarrestes. S. o. Bd. I § 132 Ziff. I i. f.

mehrheit, zur Gesammtbefriedigung aus dem Vermögen des Schuldners[4]) und unter besonderen gesetzlichen Vorsichtsmaßregeln statt (s. o. § 183). Abgesehen davon kann jeder Gläubiger selbständig nur in die einzelnen zu seiner Befriedigung dienenden Gegenstände des Schuldners vollstrecken[5]). Vgl. §§ 704 ff., 803 ff., 808 ff., 828 ff., 864 ff., 883 ff. CPO. u. RG. betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v. 24. März 1897: über die Vollstreckung in die einzelnen Vermögensgegenstände[6]). Es gibt jedoch Vermögen, welches der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen ist. Vgl. §§ 811 ff., 850 CPO., RG. betr. die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns v. 21. Juni 1869 und mehrere Bestimmungen der Reichsbeamten-[7]) und Versicherungsgesetze[8]). Die Beschränkungen der Zwangsvollstreckung bestehen vorwiegend im sozialen und wirthschaftlichen Interesse. Es ist nicht wünschenswerth, daß der Schuldner der nothwendigsten Subsistenzmittel und seiner Arbeitsgeräthschaften beraubt werde, deren er zur Fortsetzung seiner Berufsthätigkeit bedarf. Diese Gegenstände sind nach § 1 KO. auch der Verfilberung im Konkursverfahren nicht unterworfen. Ja im Konkurse kann die Gläubigerschaft in ihrer Mehrheit (mit bindender Kraft auch für die dissentirenden Mitglieder) dem Gemeinschuldner und dessen Familie eine besondere Unterstützung bewilligen[9]). §§ 58 Ziff. 3, 132 KO.

2. Andere, weniger auf wirthschaftlichem Grunde als auf mißverstandener Billigkeit beruhende Exekutionsprivilegien hat das moderne Recht glücklich hinweggeräumt. Was hier dem einen gegeben wird, nimmt man dem Anderen: die Billigkeit auf einer Seite wird leicht mit

---

4) Die ehemaligen infamirenden Folgen des Konkurses sind beseitigt. — Hiermit und mit Beseitigung der Schuldhaft entfiel von selbst das Bedürfniß nach der ehemaligen Rechtswohlthat der cessio bonorum für unglückliche Schuldner (vgl. Tit. Dig. de cess. bon. 42, 3), die zur Vermeidung jener Rechtsnachtheile eingeführt war.

5) Dabei ist der Gläubiger, wenn sein Recht nicht auf ein bestimmtes Objekt geht (sog. Realexekution), im Allgemeinen nicht gehindert, die einzelnen Vermögensstücke des Schuldners in beliebiger Reihenfolge anzugreifen, — also nicht etwa z. B. die beweglichen Sachen vor den unbeweglichen ꝛc.

6) Bewegliche und unbewegliche Sachen, Forderungen und sonstige Vermögensrechte des Schuldners.

7) Vgl. § 6 R.BeamtenG. v. 31. März 1873; § 45 R.MilitärG. v. 2. Mai 1874, vgl. § 18 d. Ges. v. 22 Mai 1893.

8) Vgl. § 10 RG. v. 7. April 1876 über die eingeschriebenen Hülfskassen; §§ 56, 65 Abs. 3, 73 Abs. 1 KrankenVersG., § 96 UnfallVersG. v. 30. Juni 1900, § 55 InvalidenVersG. v. 13 Juli 1899. S. auch Hinrichs im Archiv f. civ. Praxis Bd. 52 S. 191; Bezold, Die Beschlagnahme (1875).

9) Massefchuld. S. o. § 183. — Ueber den Zwangsvergleich im Konkursverfahren s. o. § 156 i. f. u. unten § 195.

Unbilligkeit auf der anderen erkauft. Schließlich nützt es auch dem Schuldner selbst, wenn sich der Gläubiger auf eine gewisse Promptheit der Exekution verlassen kann. Versagung des Kredits schädigt das gesammte Verkehrswesen. Daher sind aufgehoben die ehemals vielfältigen Vorschriften über Zwangsstundungen[10]); aufgehoben ist die sog. Rechtswohlthat der Hingabe an Zahlungsstatt[11]), wonach der zahlungsunfähige Schuldner einer Geldsumme seinen Gläubiger zwingen konnte, gewisse andere Sachen zum Taxwerth anzunehmen. Vgl. § 14 Ziff. 4 EG.CPO., § 4 EG.KO. Gefallen ist auch als allgemeines Privilegium[12]) die Rechtswohlthat des Nothbedarfs, derzufolge der Schuldner nicht zum vollen Betrage, sondern nur auf soviel verurtheilt werden konnte, als er zu leisten im Stande war[13]) — später nur auf soviel, daß ihm des Lebens Nothdurft übrig blieb (beneficium competentiae). Heutzutage kommt etwas Aehnliches nur bei der Schenkung vor. S. § 519 BGB.[14]). Es ist erklärlich, daß die unentgeltliche Vermögenszuwendung ein persönliches Verhältniß zwischen den Parteien schafft, welches es unangemessen erscheinen läßt, daß der Gläubiger seine Forderung mit aller Strenge wider den Schenker geltend macht. Daß die gleiche Rechtswohlthat heutzutage noch bei gewissen anderen Schuldverhältnissen vorkomme[15]), ist eine manchmal gehörte, aber sicher unrichtige Behauptung.

---

10) Sog. Moratorien (landesherrliche und gerichtliche), Quinquennellen. Vgl. l. 2, 4 Cod. de prec. 1, 19; RPO. v. 1577 Tit. 28 § 4. S. o. § 156 Ziff. V.

11) Beneficium dationis in solutam. Nov. 4 cap. 3 u. § 172 d. Jüngsten Reichsabschieds (wohl zu unterscheiden von der freiwilligen Annahme an Erfüllungsstatt, s. u. § 187).

12) Gewisser Schuldner und gewisser Verpflichtungsverhältnisse.

13) Dadurch wurde im röm. Recht die Insolvenz mit ihren schlimmen Folgen (s. o.) vom Schuldner abgewendet. Die einzelnen Anwendungsfälle sind hier nicht anzuführen. Vgl. Altmann, Das benef. competentiae, Berl. Diss. (1888); Wünsch, Z. B. v. ben. comp. Leipz. ausgew. Diss. (1897); Kohler in Grünhut's Ztschr. Bd. 14 S. 23; Mandry-Geib, Civilr. Inhalt d. Reichsgesetze § 41 zu Note 6 ff.

14) S. übrigens auch § 528 BGB. (s. u. §§ 231, 233).

15) So in den Fällen der gesetzlichen Unterhaltspflicht (§§ 1578, 1603, 1708 i. f. BGB.), oder der Aussteuer von Töchtern (§ 1620) oder im Falle § 829 BGB. Aber die betreffende Verpflichtung selbst beschränkt sich hier auf das, was der Verpflichtete nach seinem Vermögensstande zu leisten fähig ist. Die Frage, wer die betreffenden Umstände zu beweisen hat, ist für die Frage nach dem selbständigen Recht des Schuldners nicht ausschlaggebend (vgl. o. Bd. I § 126 über die prozessualischen Einwendungen).

II. Erfüllungssurrogate.

A. Leistung an Erfüllungsstatt und Erfüllungshalber. Delegation*.

§ 187.

I. Nimmt der Gläubiger freiwillig als Erfüllung an, was nicht Erfüllung ist[1]), so wird das Schuldverhältniß wie durch Erfüllung aufgehoben. § 364 Abs. 1 BGB. Der Gläubiger erhält dadurch ein Surrogat für das Geschuldete — weil für das letztere gegeben und genommen wird. Die Leistung an Erfüllungsstatt setzt einen Vertrag des Gläubigers und Schuldners voraus, in welchem sich der Gläubiger gegen Leistung des Surrogates für befriedigt erklärt. Der Vertrag tilgt unmittelbar das Forderungsrecht[2]). Selbstredend kann nur der Gläubiger resp. dessen Stellvertreter an Erfüllungsstatt annehmen, und zwar unter der Voraussetzung, daß er über die Forderung zu verfügen berechtigt ist. Auch sonst steht der Vertrag unter den allgemeinen Grundsätzen[3]). Ist er nichtig[4]), so besteht das Schuldverhältniß fort.

1. Die Leistung an Erfüllungsstatt ist Realgeschäft[5]) (datio in solutum). Der gewöhnlichste Fall ist, daß der Schuldner seinem Gläubiger statt der geschuldeten Sache eine andere gibt[6]). Aber auch andere Leistungen[7]) können an Erfüllungsstatt erfolgen, wenn sie nur effektiv und in der (beiderseits vorhandenen) Absicht der Schuldtilgung geschehen[8]). Daß der Schuldner selbst sie vornimmt, ist ebensowenig erforderlich, wie daß er in Person erfüllt.

---

*) S. Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt (1866); Cohn in Endemann's Handb. d. Handelsr. Bd. 3 S. 1075; Unger in Grünhut's Ztschr. Bd. 15 S. 540, 554; v. Salpius, Novation und Delegation (1864); E. Danz, Forderungsüberweisung (1886) und im Archiv f. civ. Praxis Bd. 74 S. 240; Unger in Jhering's Jahrb. Bd. 26 S. 399; Windscheid, Die indirekte Vermögensleistung (1892); v. Blume, Novation, Delegation u. Schuldübertragung (1895).

Dernburg § 118; Stammler S. 229; Endemann I § 142; Cosack § 109; Mathiaß I § 92 II lit. F; Ennecceruß I § 210.

1) D. h. weil es dem Inhalt des Schuldverhältnisses nicht entspricht. Ein Zwang zu dieser Annahme besteht nicht. S. o. § 186 Note 11.

2) Nach Anleitung von § 182 oben. — In Folge dessen erlöschen auch die Sicherheiten der Forderung. Bürgen, Mitschuldner werden befreit ꝛc.

3) Z. B. der Gläubiger muß bei der Annahme wissen, daß er etwas anderes zu fordern berechtigt ist. Sonst ist der Vertrag wegen Irrthums anfechtbar. Verboten ist der Vertrag in § 1229 BGB., § 115 GewO.

4) Oder in Folge Anfechtung vernichtet.

5) S. o. Bd. I § 86 bei Note 9 ff.

6) Hingabe von Reichsbanknoten statt Reichswährung ist Erfüllung, keine Leistung an Erfüllungsstatt. S. o. Bd. I § 62 Note 11.

7) Z. B. von Rechten, Diensten ꝛc.

2. Der Leistende kann dem Gläubiger an Erfüllungsstatt aber auch eine Forderung[9]) geben, die er gegen einen Dritten hat[10]). Leistung an Erfüllungsstatt liegt hier (nach dem Begriff) nur vor, wenn der Gläubiger aus diesem Grunde seinen Schuldner freigibt[11]). Und unter gleicher Voraussetzung[12]) kann dem Gläubiger auch eine neue Forderung bestellt, also etwas versprochen werden, wofür die alte Schuld erlöschen soll. Der Versprechende kann der alte Schuldner oder ein Dritter sein. Hier wird der Charakter des Realgeschäfts verlassen[13]); wir können von einer promissio in solutum reden[14]). Gleichwohl gelten dieselben Regeln wie bei effektiven Erfüllungsleistungen[15]). Nur ist in allen diesen Fällen die Auslegung besonders schwierig, ob wirklich Leistung an Erfüllungsstatt (also Freigabe des alten Schuldners) gewollt sei, oder nicht. Ist es der alte Schuldner selbst, der in dieser Weise seinem Gläubiger etwas anderes verspricht, so stellt das Gesetz gegen die Absicht der Freigabe von der bisherigen Verbindlichkeit eine direkte Vermuthung auf. § 364 Abs. 2[16]).

3. Aus dem Begriff der Leistung an Erfüllungsstatt folgt, daß die durch sie getilgte Schuld auch dann getilgt ist, wenn die geleistete Sache dem Gläubiger entwährt wird oder wenn sie mit

---

8) Diese ist der Rechtsgrund der erfolgten Zuwendung. Wird er vereitelt, z. B. weil der Vertrag über die in solutum datio im gegebenen Falle nichtig war, so unterliegt die Zuwendung der Rückforderung als ungerechtfertigte Bereicherung.

9) S. schon oben Note 7.

10) Wie er dies macht, ist eine andere Frage. S. u. §§ 197 ff. die Lehre von der Cession. Aber auch eine Delegation (unten Ziff. III) ist möglich, indem z. B. der Schuldner seinen Schuldner anweist, dem Gläubiger zu versprechen, und letzterer für das Versprechen des Dritten seinen ursprünglichen Schuldner entläßt.

11) Wie weit er ihn freigibt — ob ganz oder nur bis zum Nennwerth der überwiesenen Forderung — ist Sache der freien Vereinbarung der Parteien. (Bei richterlicher Ueberweisung § 835 Abs. 2 CPO. tritt nur das letztere ein.)

12) Daß der Gläubiger seinen Schuldner freigibt. S. o. bei Note 11.

13) Eine reelle Leistung kann vorliegen bei Hingabe eines Werthpapiers (oben Bd. I § 63), in der die neue Forderung verbrieft ist. — Und auch abgesehen davon bleibt es immer etwas anderes, ob (direkt) in solutum versprochen oder blos vereinbart wird, daß demnächst eine bestimmte Sache ꝛc. an Erfüllungsstatt gegeben werden solle. Letzteres (der Vorvertrag) tilgt niemals die ursprüngliche Forderung, wenn auch der Vorvertrag wohl indirekt der Schuldklage entgegengesetzt werden kann.

14) Im Gegensatz zu der (realen) datio in solutum oben Ziff. 1.

15) S. besonders unten Ziff. 3. Unzutreffend nehmen Endemann I § 142 Ziff. II, 1 und Cosack § 109 i. f. hier immer Novation an. S. u. 188. Richtig Schollmeyer § 364 Note 3.

16) Im Uebrigen s. noch unten Ziff. II.

Mängeln behaftet ist, welche der Gläubiger bei der Annahme übersah[17]). Ebenso wenn die an Erfüllungsstatt übertragene Forderung einem Anderen zustand oder das Versprechen an Erfüllungsstatt nichtig ist, sodaß der Gläubiger, der es zur Befriedigung annahm, leer ausgeht. In allen diesen Fällen kann der Gläubiger keineswegs auf seine frühere Forderung zurückgreifen; denn diese ist durch Befriedigung erloschen, auch ihre Sicherheiten sind verloren[18]). Der Gläubiger hat nur wegen der Erfüllungsleistung dieselben Ansprüche wie ein Käufer der Sache oder der Forderung — kann also vom Uebertragenden Gewährleistung verlangen[19]). § 365 BGB.

Ging der Schuldner oder ein Dritter an Erfüllungsstatt dem Gläubiger gegenüber eine neue Verpflichtung ein, so ist § 365 nicht anwendbar[20]). Da die alte Verbindlichkeit erloschen ist, bleibt hier dem Gläubiger nichts übrig, als aus dem neuen Vertrage sein Interesse geltend zu machen, wenn die darin übernommene Verpflichtung zusammenfällt oder nicht erfüllt wird[21]).

II. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Freigabe des Schuldners, namentlich gegen andere als Realleistungen[22]), nicht ohne Gefahr für den Gläubiger ist. Aus diesem Gesichtspunkt wird die Auslegung des Vertrages[23]) vorzunehmen sein (auch soweit die Vermuthung des § 364 Abs. 2 BGB. nicht Platz greift), ob der Gläubiger gegen Empfang des neuen Werthes den alten Schuldner überhaupt habe entlassen wollen[24]). Dazu werden besondere Anhaltspunkte

17) Vgl. unsere §§ 173, 219 ff.

18) Es sei denn, daß der Gläubiger sich für diesen Fall den Rückgriff auf die alte Schuld vorbehalten hätte. Dann ist der Vertrag über die Leistung an Erfüllungsstatt bedingt geschlossen und fällt bei Eintritt der Bedingung zusammen, was z. B. auch wider den Bürgen wirkt. § 365 BGB. steht (als dispositive Vorschrift) nicht entgegen.

19) S. u. §§ 219 ff. Im röm. Recht standen sich l. 4 Cod. de evict. 8, 44 und l. 46 pr. Dig. de sol. 46, 3 entgegen. S. auch noch l. 8 Cod. de sent. et interloc. 7, 45. Die Frage war deshalb bestritten. Vermittelnd das Preuß. A.L.R. I Tit. 16 § 242. Es gab, wie schließlich auch die gemeine Praxis, dem Gläubiger ein Wahlrecht.

20) Er paßt weder direkt, noch ist er per analogiam darauf übertragbar.

21) Je nach der Sachlage das positive oder negative Interesse. Vgl. §§ 275 ff., 307, 323 ff. BGB. Es gelten die allgemeinen Grundsätze. Ergibt sich aus ihnen, daß wegen der neuen Verbindlichkeit gar kein Interesse verlangt werden kann, so hat der Gläubiger seine Rechte verloren.

22) Also gegen bloße Versprechungen in solutum (oben I Ziff. 2).

23) S. o. vor Note 2.

24) Diese Absicht muß beim Gläubiger vorhanden sein (ebenso wie bei der Novation der sog. animus novandi. Vgl. l. 8 Cod. de nov. 8, 41 und unten § 188 Ziff. 2c.) Nur beim Vorhandensein dieser Absicht wird der Akt zu einem schuldtilgenden.

erforderlich sein. Aus der gesetzlichen Gegenvermuthung für einen Fall[25]) ist keineswegs ein arg. a contrario abzuleiten. Vielmehr geht die Auffassung des Lebens von dem Grundsatz aus „Anweisung ist keine Zahlung". Dies beschränkt sich keineswegs auf die Anweisung im technischen Sinne, sondern bezieht sich auf Verpflichtungsverhältnisse aller Art, die auf Grund von früheren übernommen werden. Der Regel nach will man hier nicht schon für das neue Kreditverhältniß, sondern erst gegen Empfang wirklicher Leistung aus demselben die frühere Verbindlichkeit aufgeben: man läßt sich nicht an Zahlungsstatt, sondern zahlungshalber versprechen. Eine derartige Leistung zahlungshalber ist auch bei direkten Sachleistungen möglich, z. B. der Gläubiger soll eine ihm übergebene Sache verkaufen und sich aus dem Erlös befriedigen[26]). Das Hauptfeld der zahlungshalber übernommenen Leistungen aber liegt auf dem Gebiet der Ueberweisung von Forderungsrechten (bestehender oder neu zu begründender) zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers.

Ist eine solche Ueberweisung zahlungshalber geschehen, so hat der Gläubiger zwei Forderungsrechte: das ursprüngliche alte und die überwiesene resp. neu begründete Forderung[27]). Das Verhältniß dieser Forderungsrechte ist, daß der Gläubiger in erster Linie damit einverstanden ist, aus der neuen Forderung befriedigt zu werden, ja daß er sich verpflichtet hat, aus ihr zunächst (mit verkehrsüblicher Sorgfalt) seine Befriedigung zu suchen[28]). Soweit er die Befriedigung erlangt, soll sie das alte Schuldverhältniß tilgen. Soweit

25) § 364 Abs. 2 BGB.

26) Wieder verschieden davon ist der Fall, wenn dem Gläubiger eine Sache verkauft wird unter Aufrechnung des Kaufpreises auf die bisherige Schuld. S. darüber unten §§ 191 ff. Hier kann, wenn die bisherige Schuld nicht bestand, der Kauf nicht rückgängig gemacht also die Sache als indebitum zurückgefordert, sondern nur der Kaufpreis verlangt werden. (Wird dieser freilich nicht bezahlt, so kann sich auf dem Wege des § 326 BGB. eventuell auch eine Rückforderung der Sache ergeben.)

27) Gemeint ist nicht ein einfaches Erfüllungsversprechen des Schuldners: constitutum (debiti proprii). Dasselbe diente den Römern zur Ausfüllung der Lücken ihres Kontraktsystems und hatte schon im gemeinen Recht seine Bedeutung verloren. Vom vertragsmäßigen Anerkenntniß (s. u. bes. § 305) unterscheidet es sich dadurch, daß es ein schuldbegründeter Akt nicht sein soll. Verspricht man aber blos zu leisten, wenn man schuldig ist, so ist das Versprechen civilistisch werthlos. (Prozessualisch kann es als außergerichtliches Geständniß in Betracht kommen, geht aber dann in diesem Begriffe auf. Entsprechendes gilt, insofern es als Anerkennung des § 208 BGB. die Verjährung unterbricht.) Das Konstitut ist in das juristische Antiquitätenkabinet zu verweisen.

28) Also er muß z. B. den gegebenen Wechsel gehörig präsentiren ꝛc. Soweit die neue Forderung nicht gehörig beigetrieben wird, steht dem alten Schuldner ein Einwand zu.

er sie ordnungsmäßig nicht erlangt, soll der Gläubiger auf die Ausübung des alten Schuldverhältnisses zurückgreifen dürfen.

III. Ist es nicht der bisherige Schuldner, der in dieser Weise seinem Gläubiger verspricht, so kann sich das Versprechen

1. an eine Ueberweisung durch den bisherigen Schuldner anknüpfen. Schuldüberweisung (passive Delegation). Der bisherige Schuldner (Delegant) ersucht den Dritten (Delegaten), meist seinen eigenen Schuldner, dem Gläubiger zu dessen Befriedigung zu versprechen, und der Gläubiger (Delegatar) nimmt das Versprechen in diesem Sinne an. Damit kann sich eine Freigabe des alten Schuldners verbinden[29]); nothwendig ist dies aber nicht. Hier ist eine dreifache Zweckbeziehung zu unterscheiden:

a) das Kausalverhältniß zwischen Deleganten und Delegatar: das ursprüngliche Schuldverhältniß und dessen Tilgung durch das neue Versprechen oder dessen Erfüllung;

b) das Kausalverhältniß zwischen dem Deleganten und Delegaten. Dieses kann von jeder möglichen Art sein: vor Allem Lösung eines Schuldverhältnisses, wenn der Delegat Schuldner des Deleganten war, oder eine Kreditgewährung seitens des Delegaten ꝛc.[30]);

c) die Beziehung zwischen Delegaten und Delegatar. Diese ist das auf Grund des doppelten Kausalverhältnisses abgegebene und acceptirte Schuldversprechen zwischen diesen Personen. Das Versprechen kann ein abstraktes Schuldversprechen sein, wie z. B. wenn es in einem Wechsel[31]), in Form des § 780 oder 784 BGB. abgegeben wird. Dann gelten die diesbezüglichen Regeln, und kann folglich der Delegat dem Gläubiger für gewöhnlich[32]) keine Einwendungen aus dem ursprünglichen zwischen ihm und dem alten Schuldner bestehenden Schuldverhältnisse entgegensetzen. Anders sofern der Delegat dem Gläubiger — wie hier als Regel vorauszusetzen — nicht abstrakt versprach. Hier ist Rechtsgrund[33]) des neuen Versprechens schlechthin das Bestehen der

29) S. o. Note 10. Dann ist die Delegation nicht zahlungshalber, sondern an Zahlungsstatt erfolgt. Ebenso kann sie eine Novation in sich schließen. S. u. § 188. Entscheidend ist der Wille des Gläubigers. S. o. Ziff. II. Der röm. Satz: qui delegat solvit ist für das heutige Recht abzulehnen.

30) Ebenso natürlich auch eine Schenkung. S. o. Bd. I § 75.

31) Vgl. Entsch. d. RÖHG. Bd. 4 S. 366, Bd. 5 S. 256, Bd. 10 S. 48, 132 ff. S. u. Note 41.

32) S. über die letztgenannten Fälle insbesondere unten §§ 304, 306, 308, 314; für den Fall der Unerlaubtheit des ursprünglichen Schuldverhältnisses auch noch besonders § 322 zu Note 13 ff. u. Cit.

33) S. Bd. I §§ 74 i. f. u. 75 u. unten Note 42.

alten Schuld, und deren Mängel sind ebensoviele Mängel des neuen Schuldverhältnisses[34]).

Dagegen kann der Delegat dem Gläubiger (Delegatar) niemals solche Einwendungen entgegensetzen, welche auf seinem Verhältnisse zum alten Schuldner (dem Deleganten) beruhen. Mängel der letzteren Art sind lediglich unter den beiden Betheiligten zum Austrag zu bringen[35]). —

Möglich ist auch, daß der Dritte ohne Ersuchen des alten Schuldners, also aus freien Stücken dem Gläubiger verspricht. In diesem Falle spricht man von Expromission. Das Verhältniß ist dem durch Schuldüberweisung geschaffenen ähnlich[36]).

2. Entsprechend ist eine Forderungsüberweisung (aktive Delegation) denkbar, indem der Gläubiger seinen Schuldner ersucht, was dieser ihm schuldet, einem Dritten zu versprechen, während der Dritte das bezügliche Versprechen des Schuldners in diesem Sinne annimmt[37]). Hier ist der Schuldner der Ueberwiesene (Delegat); der alte Gläubiger der Ueberweisende (Delegant), der Dritte der neue Gläubiger (Delegatar). Auch mit dieser Uebereinkunft kann sich eine Freigabe des Schuldners von seiner alten Verpflichtung verbinden[38]); aber nothwendig ist dies hier ebensowenig wie bei der passiven Delegation. Auch hier ist die dreifache Beziehung wichtig:

a) das Zweckverhältniß zwischen dem Deleganten und Delegaten: das ursprüngliche Schuldverhältniß und dessen Tilgung durch das neue Versprechen oder dessen Erfüllung;

b) das Zweckverhältniß zwischen dem Deleganten und Delegatar. Dies kann von jeder Art sein: vor Allem in einer Schuldtilgung[39]) oder in einem Kreditverhältniß[40]) bestehen;

---

34) Auch nach erfolgter Zahlung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung geltend zu machen. S. u. §§ 317 ff.

35) S. schon l. 19 Dig. de nov. et del. 46, 2.

36) Namentlich da es für die Verpflichtung des neuen Schuldners gegenüber dem Gläubiger auf das Verhältniß des ersteren zum alten Schuldner nicht ankommt. S. die vorige Note. Selbstredend fallen einige der obigen Spezialfälle (z. B. derjenige der Anweisung) hier fort. — Auch die Expromission kann an Zahlungsstatt, oder zahlungshalber geschehen oder eine Novation enthalten. S. o. Note 29.

37) Darin liegt der Unterschied vom Vertrag auf Leistung an Dritte und von der sog. Erfüllungsübernahme. S. o. §§ 179 ff.

38) Nach Maßgabe des Willens des alten Gläubigers. S. o. Ziff. II u. Note 29. Maßgebend ist der Wille im Augenblicke des Vertragsschlusses zwischen dem Schuldner und dem Dritten.

39) Versprechen der Leistung an den creditor creditoris.

40) S. o. zu Note 30.

c) die Beziehung zwischen dem Delegaten und Delegatar: das auf Grund des doppelten Kausalverhältnisses abgegebene und acceptirte Schuldversprechen. Dieses kann wiederum abstrakt abgegeben sein, z. B. in Wechselform oder in Form des § 780 BGB. Dann gelten die bezüglichen Regeln, und kann folglich der Delegat dem neuen Gläubiger regelmäßig keine Einwendungen aus dem ursprünglichen zwischen ihm und dem alten Gläubiger bestehenden Schuldverhältnisse entgegensetzen[41]). Anders wenn der Schuldner — wie gewöhnlich — einfach verspricht, was er dem Anderen schuldet[42]). Hier ist Rechtsgrund des neuen Versprechens schlechthin das Bestehen der alten Schuld. Der Schuldner kann sich also auf deren Mängel auch gegenüber dem neuen Gläubiger berufen[43]), wenn er auf ihre Geltendmachung nicht hatte verzichten wollen[44]).

Dagegen kann der Schuldner dem neuen Gläubiger (Delegatar) auch hier keine Einwendungen entgegensetzen, die auf dem Verhältniß des alten zum neuen Gläubiger beruhen[45]).

B. Schuldumwandlung (Novation)*.

§ 188.

Schuldumwandlung ist Ersetzung des alten Schuldverhältnisses durch ein neues. Durch das neue sollen die Ziele des alten erreicht werden. Gegen Begründung des neuen Schuldverhältnisses gibt der Gläubiger das alte auf. Letzteres wird also durch die Umwandlung getilgt. Aber mit der Tilgung geht eine Neubegründung Hand in Hand; und zwar so, daß Aufhebung und Neubegründung in Kausalbeziehung zu einander stehen[1]).

1. Die Schuldumwandlung hat mit dem Versprechen an Er-

41) Sog. reine Delegation. Das Verhältniß ist entsprechend dem oben bei Note 31 ff. hervorgehobenen. S. übrigens auch Note 32 am Ende.

42) Sog. titulirte Delegation, die den Römern allein bekannt war. Vgl. l. 27 Dig. de nov. et del. 46, 2.

43) Vgl. o. Note 34.

44) Hierfür wird man die Formalerforderniße des abstrakten Versprechens aufstellen. Und die Mängel müssen verzichtbar sein. — Von Verzicht kann regelmäßig keine Rede sein, wenn der Versprechende den Mangel nicht kannte.

45) S. o. Note 35 u. z. B. l. 21 § 1 Dig. de don. 39, 5. Ueberwies z. B. der alte Gläubiger seinen Schuldner dem Dritten, weil er den letzteren irrthümlich für seinen Gläubiger hielt, so darf sich der Schuldner dem Delegatar gegenüber darauf nicht berufen, sondern nur der alte Gläubiger kann das Geleistete vom Dritten kondiziren.

*) Vgl. die oben § 187 Citirten, ferner Salkowski, Novation (1866); Hruza, desgl. (1881), sowie im Sächs. Archiv Bd. 5 S. 28. — Stammler S. 231 ff.; Dernburg §§ 119—120; Mathiaß I § 96; Enneccerus I § 218.

1) Im Sinne von Bd. I §§ 74 i. f. u. 75.

füllungsstatt[2]) gemein, daß sie auf einem Vertrage beruht, und daß durch diesen Vertrag das alte Schuldverhältniß erlischt. Ja die Umwandlung kann in jeder der dort besprochenen Formen vorkommen, also zunächst

a) unter den Parteien des alten Schuldverhältnisses. Hier ist der Zweck, eine bestimmte Aenderung in den Beziehungen der Parteien herbeizuführen. Hierin liegt der Unterschied vom Versprechen an Erfüllungsstatt. Letzteres steht der Erfüllung gleich: das bisherige Kreditverhältniß wird schlechthin aufgehoben, neues und altes Schuldverhältniß haben nichts miteinander gemein. Bei der Schuldumwandlung dagegen wird das Kreditverhältniß wirthschaftlich nur in veränderter Form fortgesetzt. Das Versprechen an Erfüllungsstatt ist ein stärkerer Tilgungsmodus als die Umwandlung: die Cäsur zwischen alter und neuer Schuld ist schroffer[3]). Die wirthschaftliche und Verkehrsanschauung ist es daher, die den Anhalt gibt, beide Verträge praktisch von einander zu unterscheiden. An sich läßt sich nicht sagen, daß immer die stärkere Form gewollt sei[4]). Aber technisch tritt die Schuldumwandlung im heutigen Recht hinter dem Versprechen an Erfüllungsstatt sehr zurück[5]).

So kann es nach Lage der Sache eine wirthschaftliche Fortsetzung des alten Kreditverhältnisses sein, wenn an Stelle des alten Schuldgegenstandes ein anderer gesetzt, oder ein neuer Schuldgrund für

---

2) S. o. § 187.

3) Hauptsächlich zeigt sich dies im Falle, da die neue Schuld nichtig ist. Hier kommt die Umwandlung nicht zu Stande (s. u. vor Note 25), im Gegensatze zum Versprechen an Erfüllungsstatt, durch das auch im Falle der Nichtigkeit die alte Schuld definitiv untergegangen ist. S. o. § 187 bei Note 15 und 18.

4) Beweis ist der wichtige Fall unten Note 30. — Bei einigen Schuldverhältnissen, z. B. Spiel, Wette, Differenzgeschäften, auf welche die Leistung nicht erzwungen, das freiwillig Geleistete aber nicht zurückgefordert werden kann, hat das Gesetz der promissio in solutum keine stärkere Wirkung beigelegt, als der Schuldumwandlung oder einem zahlungshalber abgegebenen Versprechen, d. h. behandelt sie als ebensowenig erzwingbar wie das Grundverhältniß. § 762 BGB. Sonst wäre der Umgehung des Gesetzes Thür und Thor geöffnet.

5) Im röm. Recht war die Novation das hauptsächlichste Mittel, um Veränderungen im Bestande eines Schuldpostens vorzunehmen, sei es Veränderungen im Inhalt oder Gegenstande der Verpflichtung, oder in den Subjekten (Uebertragung auf einen anderen Gläubiger oder Schuldner). Alles dies war unter Bewahrung der Identität des Schuldverhältnisses nicht möglich. Man mußte zu diesem Zweck das alte Schuldverhältniß aufheben und ein neues mit dem veränderten Inhalte begründen. Heutzutage sind die betreffenden Aenderungen im bestehenden Schuldverhältniß zulässig (s. z. B. unten Note 20). Dadurch ist das Feld der Novation erheblich eingeschränkt, und sie wird im Gesetz nicht ex professo behandelt. Indirekte Bestimmungen, Anwendungsfälle ꝛc. fehlen aber nicht.

denselben Leistungsinhalt geschaffen wird. Z. B. ein bisher schwankender oder komplizirter Schuldgrund wird durch Anerkennung[6]), Hingabe von Wechseln, kaufmännischen Verpflichtungsscheinen u. dgl. oder durch Umwandlung in ein Darlehen[7]) in einen klaren und faßbaren verwandelt[8]). Man würde dem Leben nicht gerecht werden, wollte man diese Fälle als Leistung an Erfüllungsstatt auffassen, und dadurch gewissermaßen einen dicken Strich durch alles Vergangene machen.

α. Allerdings braucht in den Fällen der Anerkennung, Wechselhingabe ꝛc. überhaupt nicht die Absicht einer Aufhebung der alten Schuld zu bestehen. Die neuen Verpflichtungen können blos zahlungshalber übernommen sein[9]). Hierfür sprechen häufig die Umstände[10]). Eine Aenderung des Schuldgegenstandes kann auch im alten Schuldverhältniß erfolgen[11]), ein Anerkenntniß, Wechsel ꝛc. neben die alte Schuld treten[12]). Anderseits liegt bei der Einkleidung in Darlehen (§ 607 Abs. 2) die Umwandlungsabsicht regelmäßig vor[13]).

β. Ganz auszuscheiden aus diesem Zusammenhange ist der Kontokurrentvertrag. Im Kontokurrentverhältniß kommt den einzelnen auf Grund des Vertrags gemachten Leistungen der Parteien innerhalb der Rechnungsperiode überhaupt keine selbständige Bedeutung zu. Sie begründen nur Rechnungsposten, und erst der Saldo (das Resultat der Rechnung) ist eine selbständige Forderung. Wird anderseits eine früher selbständige Forderung, insbesondere eine solche, für welche Pfänder, Bürgschaften oder andere Sicherheiten bestehen, in ein Kontokurrentverhältniß eingestellt, so bestimmt jetzt § 356 HGB., daß diese Sicherheiten dem Gläubiger, soweit er noch etwas zu fordern hat, nicht verloren gehen, — was die Umwandlung ausschließt[14]).

---

6) Häufig auf Grund einer Abrechnung. S. § 782 BGB.

7) Anerkannt in § 607 Abs. 2 BGB. Daß hierin nur ein Schema für die Umwandlung liegt, s. u. Note 30.

8) In den erstgenannten Fällen wird die Vereinfachung und Klarstellung dadurch erreicht, daß an Stelle des bisherigen materiellen ein abstraktes Schuldverhältniß, im letzten das einfache Darlehensverhältniß gesetzt wird.

9) Wie oben § 187 Ziff. II und III ausgeführt worden ist. Das dort Gesagte bezieht sich auch auf den hier und die gleich unten lit. b erwähnten Fälle. Entscheidend ist überall die Absicht des Gläubigers, die alte Schuld preiszugeben. S. u. Ziff. 2c über den animus novandi.

10) Ebenso galt im bisherigen Recht in weitem Umfange der Satz, daß die Novation nicht zu vermuthen sei.

11) Also unter Wahrung von dessen Identität. S. o. Note 5.

12) S. o. § 187 Note 27 ff. Hellmann, Die novatorische Funktion der Wechselbegebung (1874) u. A.

13) Also § 364 Abs. 2 BGB. ist hierauf keinesfalls analogisch anzuwenden.

14) Ebenso bei Vortrag auf neue Rechnung. Dernburg § 120 Ziff. II gegen Cosack, Handelsrecht § 69 I Ziff. 8.

b) Ebenso kann eine Umwandlung des Schuldverhältnisses durch **Gläubiger- oder Schuldnerwechsel** in Form der **aktiven und passiven Delegation**[15]) vorkommen[16]), sofern der Gläubiger des bisherigen Schuldverhältnisses nur die Umwandlung will[17]) und der Vertragsschluß in diesem Sinne erfolgt. Wir sahen schon, daß dies keineswegs nothwendig, eine Aufhebung der alten Schuld mit diesen Akten keineswegs verbunden zu sein braucht[18]). So beim gezogenen Wechsel, Anweisungen 2c., wogegen die Einkleidung einer älteren Schuld in Darlehen (§ 607 Abs. 2 BGB.) auch mit Personenwechsel vorkommen kann und einen wahren Fall der Umwandlung darstellt[19])[20]).

2. Soweit die Schuldumwandlung hiernach noch vorkommt, sind demgemäß ihre **Voraussetzungen** festzustellen. Diese sind

a) **das Bestehen einer älteren Schuld**, die umgewandelt werden soll, wobei ein unvollkommenes Schuldverhältniß keineswegs immer genügt[21]). Mängel des alten Schuldverhältnisses[22]) sind ebensoviele Mängel resp. Unwirksamkeitsgründe des neuen, sofern nicht die neue Verpflichtung (z. B. als Wechsel 2c.) abstrakte Gültigkeit besitzt und nicht ein rechtlich mißbilligtes Grundverhältniß dadurch zur Geltung gebracht werden soll. Darüber hinaus wirkt der Mangel des alten Schuldverhältnisses nur nach §§ 812 ff. BGB.[23]). Soweit Mängel des alten Schuldverhältnisses durch Bestätigung heilbar sind[24]), kann die Umwandlung in Kenntniß der Mängel unter Umständen als Bestätigung wirken. Ebenso als Verzicht auf Einreden, welche dem alten Schuldverhältniß entgegenstanden.

15) Bezw. Expromission (oben § 187 Note 36). 16) S. o. § 187 Ziff. III.
17) S. u. Ziff. 2c.
18) S. o. Note 9 ff., 12 u. Cit.
19) Indem der Schuldner einer anderen Person als neuem Gläubiger das „Darlehen" verspricht, oder ein Dritter dem Gläubiger gegenüber die Verpflichtungen des alten Schuldners als Darlehen übernimmt. S. o. Note 7 ff., bei Note 13 u. 30.
20) Dagegen bedürfen wir zur bloßen **Uebertragung** eines Schuldverhältnisses auf andere Personen der Novation nicht mehr. S. u. §§ 197 ff. betr. Uebertragung der Schuldverhältnisse auf andere Subjekte. Hierdurch ist eine der Hauptfunktionen der alten Novation fortgefallen.
21) S. schon oben Note 4 und § 140. **Rechtlich mißbilligte** Schuldverhältnisse genügen regelmäßig **nicht**. Anders in den übrigen Fällen, soweit auch (wie in § 222 BGB.) ein Anerkenntniß wirksam ist.
22) Insbesondere Nichtigkeit oder Vernichtung durch Anfechtung. — Aehnlich liegt die Sache, wenn das alte Schuldverhältniß bedingt und die Bedingung ausgefallen ist.
23) S. insbes. u. §§ 306, 322 Note 18 ff. (auch o. § 187 Note 32 u. 41). — Das neue Schuldverhältniß ist insbesondere wegen **Irrthums** über das Bestehen des alten kondizirbar, während die Novation in Kenntniß dieses Nichtbestehens nach Art der Schenkung zu behandeln sein wird (wegen der Form wichtig). Vgl. § 814 BGB.
24) S. o. Bd. I § 81 Ziff. I.

b) Die Umwandlung erfordert ferner das Zustandekommen der neuen Schuld. Entsteht diese nicht oder ist sie nichtig, so bleibt das alte Schuldverhältniß bestehen; wird die neue Verpflichtung mit Erfolg angefochten, so lebt die alte Forderung wieder auf, wie wenn sie niemals erloschen wäre. — Das neue Schuldverhältniß muß ein einseitiges, — auf einem einseitigen Vertrag[25]) beruhendes sein, also entweder ein abstraktes Schuldverhältniß oder Darlehen[26]). Denn Aufhebung (der alten) und Neubegründung (der neuen Schuld) sind es, die hier in Wechselbeziehung[27]) gesetzt sind; und dieser Wechselbeziehung können nicht Verträge dienen, die (als gegenseitige) schon einen anderen Rechtsgrund der darin übernommenen Verpflichtungen enthalten[28]). Ueberhaupt schließt die Umwandlungsabsicht jede andere materielle Zuwendungsabsicht aus[29]); — weshalb denn auch die Abrede, daß der Schuldner das, was er aus beliebigen anderen Gründen schuldet, nunmehr als Darlehen verschulden soll, regelmäßig nur den Namen des Darlehens — für eine novatorisch kreditirte Leistung — trägt[30]).

c) Endlich ist erforderlich die Umwandlungsabsicht, d. h. die Absicht, durch den Vertrag an Stelle der alten Schuld die neue zu setzen. Diese Absicht kann aus den Umständen erhellen. Soweit der bisherige Gläubiger bei dem Vertrage nicht mitwirkt (Gläubigerwechsel), muß sie von seiner Seite besonders erklärt werden[31]). Denn

25) S. o. § 167 Ziff. I.

26) S. unsere obigen Beispiele: Ziff. 1a u. b.

27) Kausalverhältniß im Sinne von Bd. I § 75. Bei der Novation ist Rechtsgrund der Aufhebung des alten Schuldverhältnisses die Begründung des neuen, — Rechtsgrund der Neubegründung (des neuen Schuldverhältnisses) die Aufhebung des alten.

28) Daher kann nicht ein materiell charakterisirtes Schuldverhältniß durch Novation in ein anderes materiell charakterisirtes verwandelt werden, z. B. die Miethe nicht in einen Kauf und umgekehrt.

29) Aehnlich wie man nicht dieselbe Sache gleichzeitig oneros und lukrativ zuwenden oder dieselbe Leistung kreditiren und als Schuldzahlung übermachen kann. Vgl. Bd. I § 74 Note 26 ff.

30) Wäre wirklich ein Darlehen gewollt, so müßte sich der Akt im Wege der Auslegung so auffassen lassen, daß das bisher Geschuldete dem Gläubiger effektiv zurückgezahlt und von dem letzteren dann wieder sofort ausgeliehen worden sei. Im anderen Falle ist das Darlehen nur der Name für ein Schuldversprechen, dessen causa verschiedenartig sein kann, also im vorliegenden Fall auch Novation. Mit der Einkleidung als „Darlehen" kann sich dann noch die Absicht der Parteien verbinden, daß der Schuldner sich in anderen Beziehungen (Zinszahlung u. dgl.) so behandeln lassen soll, als ob er ein Darlehen empfangen hätte, was zulässig ist, soweit dadurch nicht ein Verbotsgesetz (z. B. des Anatozismus) verletzt wird. Eine Fiktion liegt also in dieser Einkleidung nicht, sondern eine rechtlich zulässige Manifestation des Parteiwillens im Novationsvertrage. S. noch unten § 248 Ziff. 2.

31) Auch hier genügt übrigens eine indirekte Erklärung. S. o. Bd. I § 86.

der Vertrag wirkt nur dann umwandelnd, wenn der Gläubiger in die Preisgabe der alten Forderung einwilligt. Daß dafür jedenfalls keine Vermuthung spricht, ist oben dargethan. S. § 187 Ziff. II.

3. Die Wirkung der Umwandlung ist völlige Aufhebung des alten Schuldverhältnisses mit allen Vorzugs-[32]) und Sicherungsrechten[33]), und Ersatz durch das neue. Daher kann die Umwandlung für den Gläubiger nachtheilig sein, falls er sich jene Sicherheiten nicht auch für die neue Forderung bestellen läßt[34]) oder das Pfandrecht nach heutigen Grundsätzen von der Forderung abgelöst ist[35]).

C. Oeffentliche Hinterlegung zur Schuldbefreiung*.

§ 189.

1. Begriff und Voraussetzungen.

Wenn der beabsichtigten Erfüllung des Schuldverhältnisses[1]) in der Person des Gläubigers Hindernisse entgegenstehen, so wird dem Schuldner[2]) ein Mittel gegeben, sich ohne Rücksicht auf ihn der geschuldeten Sache zu entledigen und damit seine Befreiung von der Schuld wie durch Erfüllung herbeizuführen. Dieses Mittel ist die öffentliche Hinterlegung.

Die Hinterlegung ist also ein Ersatzmittel (Surrogat) der ordnungsmäßigen Erfüllung[3]), aber selbstverständlich nur bei Sachleistungen.

Die Novationsabsicht kann in der Ueberweisung (Delegation) § 187 Ziff. III hinreichenden Ausdruck finden.

32) Z. B. privilegia exigendi (s. o. § 183 Note 41), 5prozentige Verzinsung als Handelsschuld 2c.

33) Pfand, Bürgschaft 2c. — Auch die Folgen des etwa schon eingetretenen Schuldnerverzugs kommen in Wegfall.

34) Inwieweit dies zulässig ist, resp. dem Gläubiger gleichwerthige Sicherheit gewährt, ist eine andere hier nicht zu untersuchende Frage. Der Rahmen des § 418 BGB. ist jedenfalls einzuhalten.

35) Vgl. über die sog. selbständigen Pfandrechte unten das Sachenrecht.

*) Ulrich, Depositon und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners (1877); Czyhlarz in Grünhut's Ztschr. Bd. 6 S. 657; Kohler in Ihering's Jahrb. Bd. 17 S. 304 ff. u. im Archiv f. bürg. Recht Bd. 13 S. 201 ff.; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 442 ff.; Müller in Ihering's Jahrb. Bd. 41 S. 411; Beer, Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten (1900); Rosenberg in Ihering's Jahrb. Bd. 43 S. 221. — Stammler S. 233 ff.; Dernburg §§ 121—123; Endemann I § 143; Cosack § 110; Mathiaß I §§ 93—94; Enneccerus I §§ 212—213.

1) S. o. § 182.

2) Nicht einem Dritten, vorbehaltlich besonderer Bestimmungen. S. o. § 154 Note 13.

3) Von anderen Hinterlegungsfällen ist hier nicht zu handeln. Also nicht von der Sicherheitsleistung durch Hinterlegung (s. o. Bd. I § 134), nicht vom Verwahrungsvertrage (s. u. §§ 275 ff.), nicht von den prozessua-

Bei anderen Leistungen versagt dieses Hülfsmittel — der Schuldner muß sich nach den Regeln des Annahmeverzugs, des Rücktritts vom Vertrage[4]) u. dgl. zu helfen suchen. Auch trifft ihn hier nicht die fortdauernde lästige Aufbewahrungspflicht der Sache, die mit geschuldeten Sachleistungen verbunden ist[5]). — Ja unser Hülfsmittel beschränkt sich auf die Leistung beweglicher Sachen, da man nur diese hinterlegen kann. Dafür wird bei Grundstücken dem Schuldner unter Umständen die Preisgabe des Schuldobjekts gestattet[6]).

I. Die Hinterlegung zur Schuldbefreiung ist schon im alten Rechte entwickelt. Sobald die Preisgabe auch bei Mobilien[7]) zu diesem Zweck als ein zu rohes Mittel in Wegfall gerieth, mußte die Niederlegung bei einem Dritten[8]) als Hüter an die Stelle treten. Die Niederlegung erfolgte vielfach bei öffentlichen Anstalten[9]), heute bei den öffentlichen Hinterlegungsstellen. Das Hinterlegungswesen ist großentheils öffentlichrechtlicher Natur, und muß es sein; denn nur die Hinterlegung bei einer öffentlichen Stelle bietet genügende Gewähr für Wahrung der Interessen des Gläubigers, ohne die eine völlige Schuldbefreiung des Verpflichteten, wie sie durch unser Institut bezweckt wird, nicht zugelassen werden kann[10]).

1. Wegen dieses Zusammenhangs mit dem öffentlichen Recht ist das Hinterlegungswesen zum großen Theil landesrechtlich geregelt. Die Reichsgesetze befassen sich weder mit der genaueren Bezeichnung der Hinterlegungsstellen noch mit dem Verfahren der Hinterlegung[11]). Vgl.

---

lischen Fällen der Hinterlegung, insofern sie eine Sicherheitsleistung bezwecken. — Endlich gibt es Fälle, in denen der Gläubiger die Hinterlegung verlangen kann (so in §§ 432 Abs. 1, 660 Abs. 2, 1077, 1281, 1392, 1716, 2039, 2114 BGB.). Hier handelt es sich meist um die Betheiligung Mehrerer an einem Schuldposten, resp. um Sicherstellung der Leistung. Die Hinterlegung erfolgt nach Art der hier besprochenen.

4) S. o. §§ 163 ff., 170.

5) S. unsere §§ 157 Ziff. I, 217 Ziff. 2 ꝛc.

6) Im Annahmeverzug des Gläubigers. Vgl. § 303 BGB. u. oben § 164 Ziff. 5.

7) S. darüber oben § 164 Note 18 u. Cit.

8) Wenn nicht beim Schuldner selbst. Kohler, Arch. S. 205.

9) In öffentlichen Gebäuden, Tempeln, Kirchen, Speichern, bei den röm. argentarii etc. Vgl. Czyhlarz S. 663.

10) Anders zum Theil § 373 Abs. 1 HGB. im Interesse des Handelsverkehrs.

11) Die betreffenden landesgesetzlichen Vorschriften finden sich in besonderen Hinterlegungsordnungen oder in den Ausführungsgesetzen zu unserer Kodifikation. Vgl. die preuß. HO. v. 14. März 1879 u. AG. Art. 84, die bayer. HO. v. 18. Dez. 1899, die sächs. VO. v. 24. Juli 1899, württ. AG. Art. 143—171, die bad. HO. v. 7. Juni 1884 resp. 30. Juni 1899 u. s. w. Schepp, Das öffentliche Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch (1899) S. 41; Müller S. 465; Rosenberg S. 224.

Art. 144—146 EG.BGB. Sie setzen voraus, daß in jedem Bundesstaat eine öffentliche Hinterlegungsstelle besteht. Regelmäßig sind dies eine Verwaltungsbehörde (die Bezirksregierungen, Verwaltungshöfe, Staatsdepositenverwaltungen) oder die Gerichte (Amtsgerichte, Landgerichte) bezw. deren Kassen; in einigen Staaten auch besondere Vormundschaftsbehörden oder die öffentlichen Leihhäuser[12]). Daran wird durch das Reichsrecht nichts geändert[13]).

2. Dagegen greift das Reichsrecht zum Theil in das Verfahren der Hinterlegung ein. Zunächst durch die allgemeine Bestimmung, daß die Hinterlegung in keinem Falle von einer vorgängigen gerichtlichen Anordnung oder Erlaubniß abhängig gemacht werden darf[14]). Art. 145 Abs. 2 EG. Vielmehr handelt es sich beim Vorhandensein der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen um ein unbeschränktes Befreiungsrecht des Schuldners. Wohl aber können die Landesgesetze bestimmen, was mit dem Hinterlegten, soweit es in Geld oder in Werthpapieren[15]) besteht, während der Dauer der Hinterlegung werden soll: ob die Objekte in's Eigenthum des Fiskus oder der Hinterlegungsanstalt übergehen[16]) mit Verpflichtung der Rückerstattung in gleichem Betrage (depositum irregulare), oder ob sie dem Eigner in Natur erhalten werden sollen. Art. 145 Abs. 1[17]).

Andere reichsgesetzliche Vorschriften beziehen sich auf den Zweck des Verfahrens als Schuldbefreiungsmittel. Für diesen war in der That eine einheitliche Regelung wünschenswerth — er gehört auch ausschließlich dem Privatrecht an. Eine Prüfung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung in Ansehung des Zwecks findet zunächst nicht statt. Der Hinterlegungsstelle ist diese Prüfung abgenommen. Erst hinterher — im Verhältniß des Gläubigers und Schuldners — muß sich zeigen, ob die Hinterlegung schuldbefreiend gewirkt hat[18]). In diesem Sinne verordnet das Bürgerliche Gesetzbuch:

12) In Berlin besteht nach § 2 preuß. HO. eine besondere Behörde.

13) Die Fälle, in denen das Bürgerliche Gesetzbuch die Reichsbank als Hinterlegungsstelle bestimmt (§§ 1082, 1392, 1667, 1814, 1818, 2116) gehören nicht hierher. Es handelt sich dabei nicht um Hinterlegung zur Schuldbefreiung.

14) Wo das Bürgerliche Gesetzbuch selbst eine gerichtliche Anordnung der Hinterlegung voraussetzt (§§ 489, 1716, 1818), handelt es sich nicht um eine Hinterlegung zur Schuldbefreiung.

15) S. o. Bd. I §§ 62—63.

16) Nach der preuß. Hinterlegungsordnung geht nur hinterlegtes Geld in's Eigenthum des Fiskus über.

17) Im ersteren Fall sind regelmäßig auch Depositalzinsen zu vergüten.

18) Privatrechtlicher Rechtsstreit! Er dreht sich um die Frage, ob die Hinterlegung als Schuldbefreiungsmittel wirksam war oder nicht. Vgl. auch Beer S. 38 ff.

a) die Hinterlegung soll bei der örtlich zuständigen Hinterlegungsstelle erfolgen. Das ist diejenige am Erfüllungs- resp. Bestimmungsort[19]). Doch ist auch die Hinterlegung an einem anderen Orte nicht unwirksam[20]); der Schuldner hat nur dem Gläubiger den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen[21]). § 374 Abs. 1 BGB.

b) Die zu hinterlegende Sache kann der Hinterlegungsstelle per Post übersendet werden, in welchem Fall die Hinterlegung von der Aufgabe der Sache zur Post an datirt[22]). § 375.

c) Der Schuldner hat dem Gläubiger, für den er die Hinterlegung vornahm, deren Vollzug ohne schuldhaftes Zögern anzuzeigen[23]). Andernfalls wird er dem Gläubiger schadensersatzpflichtig, sofern nicht die Anzeige unthunlich war[24]). § 374 Abs. 2.

d) Die Hinterlegung ist auch im Fall geschuldeter Zug- um Zugleistungen[25]) brauchbar. Kann hier die Leistung aus Gründen, die am Gegner liegen, nicht erfolgen, so soll der Schuldner wirksam hinterlegen können. Der Gefahr, daß der Gläubiger die Leistung nimmt, ohne die Gegenleistung zu bewirken, wird durch die Bestimmung begegnet, daß die Hinterlegung mit Vorbehalt erfolgen darf, dergestalt daß der bezeichnete Empfänger des Depots sich vor Verabfolgung desselben über die Bewirkung der Gegenleistung ausweisen muß. § 373 BGB. Eine derartige Vorbehaltshinterlegung nimmt an allen Wirkungen der schuldbefreienden Hinterlegung Theil[26]).

---

19) In diesem Sinne spricht § 374 BGB. vom „Leistungsort". Vgl. §§ 269, 270 BGB. Der alsdann zutreffende Hinterlegungsbezirk wird durch das Landesrecht bestimmt.

20) Im Sinne von Note 18.

21) Das sog. interesse loci. Eigentlich müßte der Schuldner unbedingt am Leistungsort hinterlegen, weil er erst hier seine Pflichten erfüllt hat. S. o. § 155. Es handelt sich um eine Billigkeitsvorschrift, da der Leistungsort zweifelhaft sein kann.

22) Scil. bei richtiger Ankunft des Depots. Dann tritt Rückwirkung ein. — Auf andere als Postbeförderung bezieht sich die Bestimmung nicht. Die Hauptfolge der Rückwirkung ist in § 379 Abs. 2 BGB. enthalten.

23) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. S. o. Bd. I § 72 Ziff. 1 i. f., § 88.

24) Nach den Umständen, unter Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr. Z. B. öffentliche Zustellung der Erklärung ist nicht zu verlangen. Ebensowenig ein erheblicher Kostenaufwand. — Der Schuldner hat die betreffenden Umstände, aus denen die Unthunlichkeit der Benachrichtigung folgt, zu beweisen.

25) Gleichviel, aus welchem Verhältniß das Recht auf Zug- um Zugleistung folgt (gegenseitiger Vertrag, Zurückbehaltungsrecht, Quittungen für gewöhnlichen und Grundbuchverkehr 2c.).

26) Was bei sonstigen Vorbehalten, die allerdings auch möglich sind, nicht gesagt werden kann. S. Hellwig S. 446.

II. Die Hinterlegung ist ein Realvertrag des Schuldners mit der Hinterlegungsstelle. Man hat das Geschäft auch blos als Uebereignungsantrag der hinterlegten Sachen gegenüber dem Gläubiger angesehen, — einen Antrag, den der Gläubiger dann durch Abhebung des Depots annehme[27]). Aber die Rechte des Gläubigers auf die hinterlegten Gegenstände beginnen vor seiner Kenntniß von der Hinterlegung, ja ohne Rücksicht auf seinen Willen[28]). Auch ist die Hinterlegungsstelle mitthätiger und selbständiger Theilnehmer des Vorgangs. Die Hinterlegung ist ihrem Zwecke nach zugleich ein Mittel einstweiliger Aufbewahrung der geschuldeten Gegenstände für den Schuldner[29]); erst weiterhin tritt dazu die Tendenz der Zugänglichmachung derselben an den Gläubiger. Auf beides geht die Verabredung des Schuldners mit der Hinterlegungsstelle. Sie ist ein besonders qualifizirter Verwahrungsvertrag[30]) — ausgezeichnet einmal dadurch, daß dieser Vertrag, um schuldbefreiend zu wirken, keine beliebigen Abreden der Parteien verträgt; anderseits dadurch, daß die Verwahrung wesentlich auch dem Gläubiger gegenüber erfolgen soll, sodaß dem Gläubiger ein festes Recht auf Abhebung des Depots eröffnet wird[31]). Der Vertrag hat also den Charakter eines Vertrags auf Leistung an Dritte[32]). Damit steht das nach § 376 BGB. dem Schuldner regelmäßig zustehende Recht der Rücknahme des Hinterlegten, bevor der Gläubiger es angenommen hat, nicht in Widerspruch. Es handelt sich dabei um eine gesetzliche Befugniß der Vertragsschließenden, das dem Dritten eingeräumte Recht ohne dessen Zustimmung wieder aufzuheben[33]).

---

27) So insbesondere Kohler im Archiv S. 209 ff. Dafür spricht die Benachrichtigungspflicht des Schuldners (oben lit. c) und die Vorbehaltshinterlegung (lit. d). Auch liegt jedenfalls etwas Richtiges in dieser Konstruktion. S. u. § 190 Ziff. I.

28) So insbesondere, wenn hinterlegt wird, weil der Schuldner die Person des Gläubigers nicht kennt. S. § 372 i. f. BGB. u. unten Ziff. III.

29) S. o. bei Note 5. Ohne reelle Uebergabe des Geschuldeten an die Hinterlegungsstelle kann daher in keiner Hinsicht von Hinterlegung die Rede sein. S. jedoch oben Note 22.

30) Um deswillen nicht weniger, weil die Hinterlegungsstelle nach Ziff. I sich des Abschlusses dieses Vertrags nicht weigern darf. S. über andere Fälle des sog. Kontrahirungszwangs schon oben Bd. I § 89 Ziff. III. — Zustimmend Hellwig a. a. O. S. 444 ff. Einen Vertrag sui generis nimmt Beer S. 53 an. Aber damit ist nichts gesagt.

31) Unter gewissen gesetzlichen Voraussetzungen. S. z. B. schon oben Ziff. I lit. c. ferner unten § 190.

32) S. o. § 180. — § 372 BGB. sagt ausdrücklich, die Hinterlegung geschehe für den Gläubiger. Vgl. Hellwig S. 444, Müller S. 472, Beer S. 56, Dernburg § 128 II, Schollmeyer vor § 372 Note 4.

33) Vgl. § 328 Abs. 2 i. f. BGB. — Hellwig S. 447.

III. Die Voraussetzungen wirksamer Hinterlegung zur Schuldbefreiung sind, abgesehen von der Leistungsberechtigung des Schuldners in diesem Augenblicke[34]) und vollständiger Leistung des Geschuldeten durch die Hinterlegung[35]),

1. ein bestehendes Hinderniß ordnungsmäßiger Erfüllung in der Person des Gläubigers (sog. Hinterlegungsgrund). Verschulden des Gläubigers ist dabei so wenig erforderlich, als zum Annahmeverzuge[36]). Ist nach Lage der Sache dazu kein Angebot der Leistung erforderlich[37]) oder letzteres erfolgt, so wird überhaupt der Fall des Annahmeverzuges vorliegen. Dieser genügt als Hinterlegungsgrund. § 372 S. 1 BGB. Aber oft liegt der Fall nicht so, daß das zum Annahmeverzug erforderliche Angebot geschehen kann[38]). So vor Allem, wenn mehreren Personen angeboten werden müßte, die sich die Forderung streitig machen, oder wenn man den Gläubiger nicht kennt. Dazu tritt oft die Gefahr der Doppelzahlung, wenn die Erfüllung an den Unrichtigen geschieht[39]) oder die Forderung mit Arrest belegt ist. Auch in diesen Fällen soll dem Schuldner Gelegenheit gegeben werden, sich der Leistung zu entledigen: er soll unter den ihm fremden Hindernissen nicht leiden; nicht das Opfer fremden Streites werden. Daher gibt § 372 das Hinterlegungsrecht auch ohne Annahmeverzug, wenn der Schuldner aus einem in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder wegen Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann — vorausgesetzt, daß die Ungewißheit nicht auf eigener Fahrlässigkeit des Schuldners beruht[40]).

2. Nur der Schuldner kann hinterlegen, nicht wer sonst mit befreiender Wirkung leisten oder den Gläubiger in Annahmeverzug versetzen könnte[41]).

---

34) Diese Voraussetzungen sind allgemeiner Natur, also hier selbstverständlich. Vgl. die Ausführungen oben §§ 156, 182. Müller S. 449.

35) Ueber eine Ausnahme im Interesse der Billigkeit s. o. Note 21.

36) S. o. § 163 Note 13.

37) S. darüber § 163 II bes. Ziff. 3.

38) Vgl. § 163 Ziff. III.. Auch praktisch empfiehlt es sich oft nicht. S. den Text. Im Falle des § 299 BGB. kann hinterlegt werden.

39) Hierher gehört auch der Fall des § 75 CPO. S. Müller S. 439. Bei Gesammtgläubigerschaft s. Beer S. 24 ff.

40) Bei rechtlichen Bedenken wird sich fragen, ob dem Schuldner die Erfüllung unter den obwaltenden Verhältnissen zuzumuthen ist. — Der Schuldner, der im Streitfall die Wirksamkeit der Hinterlegung behauptet, muß die Umstände darthun, aus denen er mit Grund dem Gläubiger nicht leisten konnte. Vgl. noch Entsch. d. ROHG. Bd. 10 S. 431 u. d. RG. Bd. 30 S. 199.

41) Der Effekt der Schuldbefreiung tritt sonst nicht ein. Besondere Aus-

3. Der Schuldgegenstand muß eine hinterlegungsfähige Sache sein. Die Hinterlegungsstellen brauchen sich nicht mit Annahme jeder beliebigen Sache zu befassen, weil sie darauf nicht eingerichtet sind[42]).

a) Unser Gesetz erklärt für hinterlegbar Geld, Werthpapiere, sonstige Urkunden[43]) und Kostbarkeiten[44]). § 372 BGB. In Art. 146 EG. wird dem Landesrecht vorbehalten, noch andere Sachen für hinterlegungsfähig zu erklären[45]).

b) Nicht hinterlegungsfähige Sachen darf der Schuldner an Stelle der Hinterlegung im Wege des sog. Selbsthülfeverkaufs versilbern und den Erlös hinterlegen[46]). § 383 BGB. Jedoch dies nur bei Annahmeverzug des Gläubigers. Aus anderen Hinterlegungsgründen nur unter der Voraussetzung daß,

entweder der Verderb der Sache zu besorgen,

oder die weitere Aufbewahrung mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden ist[47]).

α. Der Selbsthülfeverkauf hat regelmäßig am Leistungsorte[48]) und im Wege der öffentlichen Versteigerung zu erfolgen. Von der Versteigerung am Leistungsort kann abgesehen werden, wenn die Vornahme daselbst keinen Erfolg verspricht: in diesem Falle darf der Schuldner einen anderen geeigneten Ort wählen[49]). Die Versteigerung hat durch eine am Versteigerungsort dazu befugte oder öffentlich an-

nahmen in §§ 268 Abs. 2, 1142 Abs. 2, 1150, 1171, 1224 BGB. In diesen Fällen erfolgt die Hinterlegung nach denselben Grundsätzen.

42) Gemeinrechtlich waren Sachen aller Art hinterlegbar. Heute wird auf dem weiter unten im Text bezeichneten Umweg in den meisten Fällen auch die Hinterlegung ermöglicht (wenn auch nur des Erlöses der Sache).

43) S. o. Bd. I §§ 62 u. 63.

44) Kostbarkeiten sind Sachen, deren hoher Werth in einem ungewöhnlichen Verhältniß zu ihrem Umfang steht. Daher nicht blos Juwelen, Gold- und Silbersachen, sondern unter Umständen auch Kunstgegenstände, Münzsammlungen, Autographen-, Briefmarkensammlungen ꝛc.

45) Im Handelsrecht (§ 373 Abs. 1 HGB.) ist der Kreis der hinterlegungsfähigen Sachen erweitert, weil eine Hinterlegung bei geeigneten dritten Personen zulässig ist.

46) Ohne Hinterlegung des Erlöses wird der Schuldner in keinem Falle befreit. Der Selbsthülfeverkauf bildet in den gegebenen Fällen nur einen Inzidentpunkt des Hinterlegungsverfahrens. Anders unter Umständen nach Handelsrecht. S. § 373 HGB. — Aus dem Gesichtspunkt nützlicher Geschäftsführung (s. u. §§ 254 ff.) kann allerdings auch nach Civilrecht ein alleiniger Verkauf des Leistungsgegenstandes zulässig sein. Doch ist dies kein Selbsthülfeverkauf in unserem Sinne, da er nicht im Interesse des Schuldners erfolgt.

47) Abgesehen davon wird also hier der Schuldner von seiner Aufbewahrungspflicht (oben Note 5) nicht befreit.

48) S. o. Note 19.

49) Dabei ist das Interesse des Gläubigers wahrzunehmen. Sonst ist die Hinterlegung als Schuldbefreiung unwirksam. Die Beobachtung der Hinterlegungsbedingungen hat im Streitfalle auch hier der Schuldner zu beweisen.

gestellte Person[50]) unter rechtzeitiger Bekanntgabe von Zeit und Ort und der Versteigerungsbedingungen, insbesondere der zu versteigernden Sachen zu erfolgen[51]). Haben letztere einen Börsen- oder Marktpreis, so darf der Schuldner den Verkauf auch freihändig zum laufenden Preise[52]) durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler[53]) oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person[54]) bewirken lassen[55]). § 385 BGB.[56]).

β. Der Selbsthülfeverkauf ist erst zulässig, nachdem er dem Gläubiger angedroht worden ist; es sei denn, daß die Androhung unthunlich[57]) oder die zu verkaufenden Sachen dem Verderben ausgesetzt und mit dem Aufschub des Verkaufes Gefahr verbunden ist[58]). § 384 Abs. 1 u. 3. Zwischen Androhung und Verkauf muß eine angemessene Frist liegen, sodaß der Gläubiger seine Rechte auf die zu veräußernden Gegenstände noch wahrnehmen kann[59]). Mangels Beobachtung dieser Vorschrift ist die Hinterlegung als Schuldbefreiung unwirksam. — Auch der vollzogene Verkauf ist dem Gläubiger unverzüglich anzuzeigen[60]), falls die Benachrichtigung nicht unthunlich ist[61]). Doch ist bei Versäumniß der Benachrichtigung die Hinterlegung nicht unwirksam, sondern der Schuldner nur dem Gläubiger zum Schadensersatz verpflichtet[62]). § 384 Abs. 2 u. 3.

---

50) Nach Landesrecht (vgl. Müller S. 456). Reichsrechtlich durch Gerichtsvollzieher und nach der Gew.O. öffentlich angestellte Versteigerer.

51) Nach näherer Anleitung des § 383 Abs. 2 u. 3 BGB.

52) D. i. zu dem am Tage des Verkaufes am Verkaufsort für Sachen der betreffenden Art erzielten Durchschnittspreise.

53) Vgl. u. § 272.

54) S. o. Note 50.

55) Nichtbeobachtung aller dieser Vorschriften sind Unwirksamkeitsgründe der Hinterlegung als Akt der Schuldbefreiung. Inwiefern sie im Uebrigen den Schuldner schadensersatzpflichtig machen, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften (z. B. über zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung).

56) Kann der laufende Preis nicht erzielt werden, so müssen die Sachen zur öffentlichen Versteigerung gebracht werden. Daß der laufende Preis nicht erreicht sei, muß der Gläubiger beweisen. — Ueber den Fall, daß der Schuldner die versteigerten oder freihändig verkauften Gegenstände selbst ankauft, s. u. § 211 Note 37.

57) Wie oben Note 24.

58) Die letztgenannten beiden Voraussetzungen müssen zusammentreffen. Der Schuldner hat, wenn er die Androhung unterließ, das Vorhandensein dieser Umstände zu beweisen.

59) Dies liegt in dem Begriff der Androhung. Vgl. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 19 S. 293. — Bei Handelsfixgeschäften bedarf es nach deren Natur regelmäßig keiner Androhung. S. o. § 172 i. f.

60) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme (oben Bd. I §§ 72 Ziff. 1 i. f. u. 88), damit der Gläubiger nicht mehr auf den Empfang der verkauften Gegenstände rechnen kann. Ueber „unverzüglich" s. o. § 111 Note 19.

61) S. o. Note 24.

7. Die Verkaufskosten werden als Kosten der gesammten Hinterlegung behandelt. § 386 jcto § 381 BGB.

§ 190.

2. Wirkungen der Hinterlegung.

Die Wirkungen der Hinterlegung sind nach ihrer dinglichen und obligatorischen Seite hin zu unterscheiden. Hinterlegt ist für den Gläubiger eine Sache. Die Sache soll in's Eigenthum des Gläubigers übergehen. Die Frage nach der dinglichen Wirkung der Hinterlegung ist die Frage nach diesem Eigenthumsübergang. Die Hinterlegung soll aber auch schuldbefreiend wirken. Die Frage nach der obligatorischen Wirkung der Hinterlegung beschäftigt sich mit der Befreiung des Schuldners. Beide Wirkungen gehen nicht Hand in Hand.

I. Wir haben gesehen, daß der Hinterlegungsvertrag des Schuldners mit der Hinterlegungsstelle eine qualifizirte Verwahrung[1]) mit selbständiger Empfangsberechtigung des Gläubigers darstellt. Der Gläubiger kann folglich das Depot abheben[2]), soweit der Schuldner nicht inzwischen[3]) die hinterlegten Sachen wieder zurückgenommen hat. Das Rücknahmerecht erklärt sich formell aus dem Begriff des Verwahrungsvertrags[4]) und der allgemeinen Vorschrift des § 328 Abs. 2 BGB.[5]). Materiell erklärt es sich aus der dinglichen Seite des Verhältnisses. Die hinterlegten Werthe sollen in's Eigenthum des Gläubigers kommen. Thun sie dies nicht, so verfehlt die Hinterlegung ihren Hauptzweck. Der Eigenthumserwerb des Gläubigers setzt nun nach allgemeinen Grundsätzen[6]) einen Uebereignungsvertrag voraus, der, wenn die hinterlegten Sachen selbst (individuell) dem Gläubiger ausgeliefert werden sollen, zwischen dem Hinterleger und dem

---

62) Unter den allgemeinen Voraussetzungen (s. §§ 251 ff. BGB.) und nach dem Gesichtspunkt von Note 60.

1) S. § 688 BGB. Unten §§ 275 ff.

2) In Betreff des Verfahrens gilt Landesrecht. So insbesondere hinsichtlich des Nachweises der Empfangsberechtigung des Gläubigers. Art. 145 Abs. 1 EG.BGB. — Wenn übrigens das Landesrecht zustimmende Erklärung des Schuldners voraussetzt, so bestimmt § 380 BGB., daß der Gläubiger vom Schuldner die Abgabe dieser Erklärung geradeso verlangen kann, wie er sonst die geschuldete Leistung selbst fordern könnte.

3) Nach § 376 BGB. Darüber s. u. II bes. Ziff. 1.

4) Vgl. § 695 BGB.

5) S. o. § 189 Ziff. II i. f.

6) S. §§ 929 ff. BGB. u. unten das Sachenrecht.

Gläubiger (durch Abhebung des Depots) — andernfalls[7]) zwischen dem Gläubiger und der Hinterlegungsstelle (auf die inzwischen das Eigenthum am Hinterlegten übergegangen ist) geschlossen wird. Im letzteren Fall liegt dinglich in der bloßen Hinterlegung noch gar kein Rechtsakt gegenüber dem Gläubiger. Anders im ersteren Falle. Danach bestimmen sich die dinglichen Wirkungen der Hinterlegung.

1. Bei individuell auszuliefernden Sachen liegt in der Hinterlegung dinglich ein Uebereignungsantrag an den Gläubiger, den dieser nur anzunehmen braucht, um den Eigenthumsübergang zu bewerkstelligen[8]). § 931 BGB. Bis dahin kann der Schuldner seinen Akt als einen einseitigen auch wieder zurücknehmen. § 376 Abs. 1[9]). Die allgemeine Antragsgebundenheit ist hier nicht durchzuführen[10]). Vielmehr erlischt das Widerrufsrecht der Hinterlegung für den Schuldner im Allgemeinen erst dann, wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme des Depots erklärt, also den dinglichen Vertrag zu Stande bringt[11]). § 376 Ziff. 2. Der freiwilligen Annahme steht auch in dieser Hinsicht die erzwungene gleich, sofern der Gläubiger die Hinterlegung als eine rechtmäßige — schuldtilgende — nicht anerkennt[12]) und ein rechtskräftiges zwischen ihm und dem Schuldner ergehendes Urtheil die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt. § 376 Ziff. 3.

Auf der anderen Seite kann der Schuldner bei der Hinterlegung

---

7) Im Fall das sog. depositum irregulare. S. o. § 189 bei Note 17. Hier erfolgt die Uebereignung nach § 929 BGB. einfach durch Uebergabe.

8) Wodurch das Eigenthum an den deponirten Sachen vom Schuldner auf den Gläubiger übergeht. Dieser Vertrag bedarf nach § 931 BGB. keiner Form, insbesondere nicht körperlicher Uebergabe.

9) Dies bleibt von der in § 189 Note 27 erwähnten Ansicht richtig. Der Hinterlegungsakt erfolgt auch dinglich hier gegenüber dem Gläubiger. Durch die Benachrichtigungspflicht (§ 374 Abs. 2) ist für genügende Bekanntgabe an den Gläubiger gesorgt.

10) Vgl. Bd. I § 89 zu Note 10. Wie lange sollte diese Gebundenheit hier dauern? Um so mehr, als der Gläubiger meist schon säumig oder unbekannt ist, ihm auch der Hinterlegungsakt nach Maßgabe der vorigen Note nicht immer bekannt wird.

11) Auch für die Annahme wird diesenfalls keine direkte Erklärung an den Schuldner verlangt und sie ist nicht genügend. Dagegen genügt Erklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle. — Ohne Erklärung des Gläubigers aber kommt der dingliche Vertrag niemals zu Stande. Der Gläubiger kann nicht ohne Wissen und Willen Eigenthümer der hinterlegten Sachen werden. A. M. Hellwig S. 455 ff. Zustimmend Beer S. 116 ff.; Schollmeyer zu § 378 Note 8.

12) Gleichviel in welcher Form. Z. B. indem er auf Erfüllung oder auf Feststellung angeblicher Fortwirkungen des Schuldverhältnisses klagt. Oder wenn umgekehrt der Schuldner auf Feststellung ihres Erlöschens zu klagen genöthigt ist.

oder später wirksam auf das Recht der Rücknahme der hinterlegten Gegenstände verzichten, und zwar bindend[13]) durch Erklärung gegenüber der Hinterlegungsstelle[14]). § 376 Ziff. 1 BGB. Ein solcher Verzicht liegt im Interesse des Schuldners wie des Gläubigers. Für letzteren eröffnet er ein definitives Recht auf die Hinterlegungsobjekte, das sich zum Eigenthum steigert, sobald er der Hinterlegungsstelle die Annahme des Depots erklärt[15]). Für den Schuldner beseitigt es die Gefahren, welche das Rücknahmerecht für ihn selbst in sich schließt. Denn ein noch nicht definitives Depot kann auch nicht schuldbefreiend wirken[16]), Bürgen und Pfänder für die Schuld sind nicht entlastet. Die schlimmste Wirkung des Rücknahmerechts für den Schuldner ist freilich jetzt durch positive Gesetzesvorschrift beseitigt. Das Rücknahmerecht steht nur dem Schuldner zu: dritte Personen, insbesondere dessen Gläubiger, können es zu ihrem Vortheil nicht ausüben[17]). § 377 BGB. Das Rücknahmerecht ist weder der Pfändung unterworfen[18]), noch fällt es im Konkurs des Schuldners in dessen Konkursmasse. Arg. § 1 Abs. 4 KO. Während der Dauer des Konkurses kann das Rücknahmerecht nicht einmal vom Schuldner selbst ausgeübt werden, um nicht den Gläubiger zu schädigen[19]). Umgekehrt kann der Schuldner auch noch während der Dauer des Konkursverfahrens auf das Rücknahmerecht verzichten[20]).

13) Umgekehrt wie sonst (§ 145 BGB.) ein Antragsteller die Gebundenheit aus seiner Offerte ausschließen kann.

14) Empfangsbedürftige Willenserklärung (Bd. I § 88). Annahme von Seiten der Hinterlegungsstelle ist nicht erforderlich.

15) S. o. Die Möglichkeit der Annahme kann ihm hier vom Schuldner nicht mehr entzogen werden. — Die Verzichtserklärung muß im Falle des § 75 CPO. erfolgen, jedoch steht die Hinterlegung unter der Voraussetzung, daß der streitige Betrag einem der beiden Gläubiger zugesprochen wird.

16) S. u. Ziff. II. Insofern schmälert das Rücknahmerecht den Kredit des Schuldners.

17) Wie dies aus allgemeinen Grundsätzen folgen würde, da die Gläubiger sich prinzipiell an das Vermögen ihres Schuldners und daher an sich auch an diese vermögensrechtliche Befugniß halten können. Zum Ausschluß dieser Wirkung braucht der Schuldner heutzutage nicht mehr auf das Rücknahmerecht zu verzichten. — Ueber die Wirkung der Unpfändbarkeit zu Gunsten der Bürgen und Gesammtschuldner s. Kohler, Archiv S. 222. Dagegen Müller S. 500.

18) Ein Abtretungsverbot (§ 400 BGB.) wird daraus nicht zu folgern sein, da das Pfändungsverbot (im Sinne des § 135 BGB.) nur den Schutz des Schuldners bezweckt. S. auch Hellwig S. 461 ff., Dernburg § 123 Note 8. Die Gläubiger werden durch die Abtretung auch nicht geschädigt; im Gegentheil sind die erlangten Gegenwerthe für sie jetzt pfändbar.

19) Hier hätte der Schuldner selbst von der Rücknahme keinen Vortheil, denn die zurückgenommenen Gegenstände würden doch nur in die Konkursmasse fallen. Durch Abtretung des Anspruchs kann selbstverständlich dieses Ergebniß nicht modifizirt werden. — Eine andere Frage ist, ob die Hinterlegung selbst anfechtbar ist (s. o. §§ 184 ff.).

Dagegen verliert der Gläubiger das Recht auf Abhebung des Depots durch Annahme anderweitiger Befriedigung, durch Verzicht[21]), sowie durch Ablauf von 30 Jahren seit der Hinterlegung resp. Empfang der bezüglichen Anzeige[22]). In diesem Falle kann der Schuldner das Hinterlegte zurücknehmen, auch wenn er auf das Rücknahmerecht verzichtet hatte. § 382 BGB.[23]). Auch die Gläubiger des Schuldners können folgerecht von jetzt ab das Hinterlegte pfänden und zur Konkursmasse des Schuldners ziehen[24]).

2. Sollten die hinterlegten Sachen in's Eigenthum der Hinterlegungsstelle übergehen, so liegt in dem Vertrag des Schuldners mit dieser über die Verwahrung nicht einmal ein Uebereignungsantrag gegenüber dem Gläubiger. Folgerecht besteht die Rücknahmebefugniß des Hinterlegenden auch hier. Verzicht darauf ist nach den gleichen Grundsätzen zulässig[25]). Das Pfändungsverbot ꝛc. im Sinne des § 377 trifft hier nur einen Anspruch des Schuldners auf Rückleistung von Sachen gleicher Art und Zahl. Der Gläubiger erwirbt Eigenthum erst durch die Uebergabe bestimmter Stücke seitens der Hinterlegungsstelle[26]).

II. Die obligatorische Seite der Hinterlegung ist ihre schuldtilgende Funktion. Es fragt sich, inwiefern durch sie das zwischen den Parteien bestehende Schuldverhältniß aufgehoben wird. Die ältere Ansicht nahm mit der rechtmäßigen Hinterlegung unmittelbar

---

20) Uebrigens setzt die Anwendbarkeit aller dieser Regeln voraus, daß die Hinterlegung als Akt der Schuldbefreiung (Ziff. II) wirksam ist. S. o. § 189.

21) Hierin liegt eine Zurückweisung der aus der Hinterlegung erlangten Rechte im Sinne des § 333 BGB. Es ist unzutreffend, wenn Hellwig S. 448 eine solche Zurückweisung in diesem Falle nicht gelten lassen will. Zustimmend Dernburg § 123 III Ziff. 3; Beer S. 128 ff. Dem Verzicht kann ein unentgeltlicher Erlaß der Forderung zu Grunde liegen.

22) S. o. § 189 Note 23 ff. War die Hinterlegung nicht angezeigt, so kann die Frist nicht laufen. Vgl. Hellwig S. 452, Müller S. 484. Die Landesgesetze verlangen daher bei der Hinterlegung meist den Nachweis der erfolgten Benachrichtigung des Gläubigers und schreiben vor, daß die Hinterlegungsstelle sie eventuell selbst bewirken solle.

23) Will er wegen anderweitiger Befriedigung oder Verzicht des Gläubigers zurücknehmen, so muß er freilich, falls die 30 Jahre noch nicht abgelaufen sind, der Hinterlegungsstelle eine Einwilligungserklärung des Gläubigers im Sinne der Note 21 vorlegen. Er kann aber auf diese klagen und sie im Wege des § 894 CPO. erzwingen. — Für den Fall, daß der Gläubiger inzwischen das Depot noch abheben wollte, s. Kohler, Archiv S. 227, anderseits Oertmann § 379 Note 4.

24) Vgl. hierzu noch Schollmeyer § 377 Note 2; Dernburg § 123 Ziff. VIII.

25) S. §§ 328 Abs. 2, 376 BGB.

26) Tradition! S. o. Note 7.

ein Erlöschen des Schuldverhältnisses an[27]). Heutzutage wird zweckmäßiger zwischen den Wirkungen der widerruflichen und unwiderruflichen Hinterlegung[28]) unterschieden[29]).

1. Solange die Hinterlegung noch widerruflich ist, ist ihr schuldtilgender Effekt noch in der Schwebe. Es kann zur Abhebung des Depots durch den Gläubiger und damit zur Schuldtilgung kommen; es kann auch sein, daß der Schuldner die hinterlegten Sachen vorher noch wieder zurücknimmt. In diesem Falle gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt. Wie sich dies dinglich von selbst versteht[30]), so soll es auch obligatorisch, also in Ansehung der schuldtilgenden Funktion der Hinterlegung gelten. § 379 Abs. 3. Die widerrufliche Hinterlegung hat daher nur die Wirkung, daß der Schuldner den Gläubiger, wenn er fordert, auf das Hinterlegte verweisen darf. § 379 Abs. 1. Die Hinterlegung erzeugt, solange sie dauert, eine Einrede gegen das Schuldverhältniß[31]). Der Schuldner ist also noch nicht befreit, aber er darf dem Gläubiger das Ansinnen stellen, sich vorzugsweise aus den hinterlegten Gegenständen zu befriedigen. In Folge der Einrede[32]) kann der Gläubiger auch nicht die Sicherheiten der Forderung angreifen[33]). Insbesondere aber trägt er, solange hinterlegt ist, die Gefahr[34]), muß also seine etwaige Gegenleistung bewirken,

---

27) Obwohl das röm. Recht Zweifel ließ. Entscheidend war die Auslegung des l. 9 Cod. de solut. 8, 42. S. dazu Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 581, Ulrich S. 64, Beer S. 119 ff. u. Cit. Der I. Entwurf des BGB folgte der älteren Ansicht, die sich im Fall der Rücknahme des Depots seitens des Schuldners natürlich genöthigt sieht, ein Wiederaufleben der Forderung anzunehmen, wobei dann wieder Meinungsverschiedenheiten bestanden, ob dies mit oder ohne die mit der Forderung verbundenen Sicherungsrechte (Pfand, Bürgschaft) der Fall sei. Der I. Entwurf nahm auch deren Wiederaufleben an. Er bewegte sich dadurch vollkommen in Fiktionen.

28) S. o. Ziff. I.

29) Zwar behauptet Kohler, Archiv S. 114 ff., daß das Gesetz noch heute der in Note 27 erwähnten Konstruktion folge, wenn auch die Fassung geändert sei. Dies ist zu verneinen. Es stimmt weder mit dem Wortlaut und sachlichen Inhalt der §§ 378, 379 BGB., noch mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, wo im weiteren Verlauf gerade die Konstruktion geändert wurde. Vgl. Beer S. 123 ff.

30) S. o. Note 9 ff., sowie vor Note 25.

31) Also die Hinterlegung ist nicht von Amtswegen zu berücksichtigen. Der Schuldner muß sich darauf berufen.

32) Solange sie besteht, also das Hinterlegte nicht zurückgenommen worden ist.

33) Vgl. § 768 BGB. Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Aehnlich § 1137 eod. — Pfandverkauf kann ebensowenig stattfinden. S. dazu übrigens Kohler, Arch. S. 215 u. unten Note 37.

34) Das sog. periculum obligationis (s. o. § 168 zu Note 13). Von dem periculum rei ist in § 379 Abs. 2 BGB. natürlich nicht die Rede; es ist selbstverständlich, daß die Sache ihrem Eigenthümer untergeht. Trotzdem reden Manche (z. B. Cosack § 110 Ziff. 5) einfach von „Gefahr der Sachen".

trotzdem das Hinterlegte zufällig untergeht oder verschlechtert wird[35]). Auch kann der Gläubiger fortan weder Zinsen seiner Forderung noch Ersatz für nicht gezogene Nutzungen der zu leistenden Gegenstände beanspruchen[36]). § 379 Abs. 2.

Macht anderseits der Schuldner von seinem Rücknahmerecht Gebrauch, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt. Abs. 3. D. h. die Einrede gegen die Forderung fällt weg, wie wenn sie niemals bestanden hätte. Der ganze Akt der Hinterlegung ist durch den Schuldner selbst negirt worden: er kommt als schuldbefreiender in keiner Hinsicht mehr in Betracht[37]). In Folge dessen muß z. B. der Schuldner auch die Zinsen der Zwischenzeit[38]) bezahlen, Bürgen und Pfänder bleiben auch für die Zwischenzeit verhaftet[39]), und der Schuldner hat alle durch die Hinterlegung verursachten Kosten zu tragen[40]). §§ 381, 386 BGB. Nur der Effekt eines stattgefundenen Selbsthülfeverkaufs ist selbstverständlich nicht rückgängig zu machen[41]).

2. Anders gestaltet sich die Rechtslage, sobald das Rücknahmerecht des Schuldners nach § 376 Abs. 2 ausgeschlossen ist. Hier sind die hinterlegten Sachen dem Gläubiger in denkbar schärfster Weise zur Verfügung gestellt — der Einwirkungsmöglichkeit des Schuldners entrückt. Und zwar sind sie in dieser Lage nicht erst von der Zeit

---

35) Der Schuldner wird in solchem Fall die Hinterlegung selbstredend nicht zurücknehmen. Dem Gläubiger bleibt dann nichts übrig, als die hinterlegten Sachen zu nehmen wie sie sind, widrigenfalls er gar nichts erhält.

36) Je nachdem solche nach Inhalt des Schuldverhältnisses mit der Sache herauszugeben waren.

37) Man pflegt auch zu sagen, die Rücknahme der Hinterlegung wirke ex tunc. In dieser Rückwirkung liegt nach dem Gesagten aber keine Fiktion. — Die Rückwirkung wird bestritten von Kohler, Archiv S. 215 (in Zusammenhang mit seiner oben besprochenen abweichenden Auffassung der Hinterlegungswirkungen), von Anderen mit Rücksicht auf § 2143. Dagegen Dernburg § 123 Note 9; Müller S. 513 ff.; Beer S. 124; Oertmann § 379 Note 3; Schollmeyer eod. Note 2 u. A.

38) Während der Zeit der Depositon. — Uebrigens ist zu beachten, daß, sofern gleichzeitig die Voraussetzungen des Annahmeverzugs (oben §§ 163 ff.) vorliegen, dessen Wirkungen durch die erfolgte Rücknahme der Hinterlegung nicht berührt werden. Folglich bleibt dann z. B. (nach §§ 301, 302 BGB.) der Zinsenlauf sistirt, die Herausgabepflicht der Nutzungen auf die wirklich gezogenen beschränkt, die Gefahr nach § 324 Abs. 2 beim Gläubiger.

39) Praktische Folge z. B. ist, daß, wenn der Bürge in der Zwischenzeit in Konkurs gefallen und im Konkurs ein Zwangsvergleich geschlossen worden ist, der Gläubiger jetzt dem Bürgen gegenüber an den Zwangsvergleich gebunden ist. S. auch Beer S. 126.

40) Im Gegensatze gegen sonst, wo sie dem Gläubiger zur Last fallen. § 381 BGB.

41) An Stelle der unmöglich gewordenen geschuldeten Leistung ist die entsprechende Geldleistung (Erlös) getreten. Ob daneben noch Schadensersatz geschuldet wird, ist eine andere Frage. S. o. § 189 i. f.

an, da die Hinterlegung unwiderruflich wurde, sondern schon von der Zeit an, da sie geschah. Denn schon für diese Zeit hat der Schuldner von dem ihm damals zustehenden Verfügungsrecht keinen Gebrauch gemacht, die Sachen zur Verfügung des Gläubigers gehalten; und dieser Zustand ist nunmehr unwiderruflich bekräftigt. Folglich muß die intensivere Wirkung, welche die unwiderrufliche Hinterlegung überhaupt hat, rückwärts vom Hinterlegungszeitpunkt ab datiren[42]).

Die Wirkung ist, daß durch die Hinterlegung der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit wird, wie wenn er im Hinterlegungszeitpunkt an den Gläubiger geleistet hätte. § 378 BGB. Die Hinterlegung steht also der Erfüllung gleich[43]). Die Befreiung des Schuldners ist unabhängig davon, daß der Gläubiger die Hinterlegung annimmt[44]) und dadurch die hinterlegten Sachen in sein Eigenthum bringt (Ziff. I). Die Schuldbefreiung tritt selbst dann ein, wenn der Gläubiger die (rechtmäßige) Hinterlegung zurückweist. Bürgen und Pfänder werden entlastet.

Inwiefern der Schuldner das vom Gläubiger definitiv zurückgewiesene oder 30 Jahre (seit Empfangsanzeige) nicht abgehobene Depot auch in diesem Falle zurücknehmen kann, ist schon erwähnt[45]). Ein Wiederaufleben der Forderung tritt dadurch nicht ein[46]).

D. Aufrechnung*.

§ 191.

1. Begriff und Vollzug der Aufrechnung.

Aufrechnung ist wechselseitige Tilgung gegenüberstehender Forderungsrechte durch Aufwägung eines jeden derselben mit

---

42) Also auch in dieser Rückwirkung liegt keine Fiktion. — Ueber den Zeitpunkt der Hinterlegung s. o. § 189 Ziff. II, insbesondere im Fall der Uebersendung der Gegenstände durch die Post, daselbst zu Note 22.

43) S. o. § 182. Selbstverständlich ist eine rechtmäßige Hinterlegung (im Sinne unseres vorigen Paragraphen) vorausgesetzt. — War das Hinterlegte unvollständig (eine Theilleistung), so kann der Gläubiger diese Hinterlegung annehmen, in welchem Fall sie auch als theilweise Erfüllung wirkt.

44) Ueber das Recht des Gläubigers auf Legitimation zur Abhebung des Depots im Sinne des § 380 BGB. s. schon oben Note 2.

45) S. o. Note 23 ff.

46) Ebensowenig entsteht ein Bereicherungsanspruch des ehemaligen Gläubigers, dessen Forderung erloschen ist.

*) Vgl. Dernburg, Geschichte u. Theorie der Kompensation (2. Aufl. 1868); Schwanert, Die Kompensation nach röm. Recht (1870); Eisele, Die Kompensation (1876); Lippmann, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 32 S. 157; Fr. Leonhard, Die Aufrechnung (1896); Kohler in d. Ztschr. f. d. Civilprozeß Bd. 20 u. 24

dem anderen. Der Zweck ist Tilgung der beiderseitigen Schulden[1]) in dem Betrage, in welchem sie sich gleichkommen. Also regelmäßig in Höhe der geringeren Forderung[2]). Zwar erhält der Gläubiger hier streng genommen nicht das, was er zu fordern hat, aber er erhält ein Surrogat in dem, was er dem Gegner leisten müßte und in Folge Tilgung der eigenen Schuld nunmehr behält. Daher setzt die Aufrechnung eine Gleichartigkeit des Gegenstandes der beiden Schuldverhältnisse voraus. § 387 BGB.

Die Aufrechnung ist Surrogat der Erfüllung in gewissen Fällen, — nicht ist sie selbst Erfüllung oder eine Art der Erfüllung. Wer aufrechnet, zahlt weder mit seiner Forderung[3]), noch gibt er seinem Gegner Anweisung, seine Gegenforderung an sich selbst zu bezahlen[4]). Wäre letzteres richtig, so würde die Aufrechnung unmöglich sein, wo eine solche Anweisung nicht stattfinden kann. Es wäre nicht zu erklären, weshalb die Aufrechnung in neuerer Zeit in steigendem Maß von der Gesetzgebung da ausgeschlossen wird, wo die Erfüllung statthaft ist[5]). Erfüllung und Aufrechnung sind inhaltlich verschiedene Vorgänge: die Aufrechnung vermeidet die Erfüllung, wenn wirthschaftlich durch sie doch nur ein gleichwerthes Ergebniß herauskäme[6]). Der Vergleichspunkt beider Vorgänge liegt auf wirthschaftlichem Gebiet[7]).

S. 1; Weismann eod. Bd. 26 S. 1; Siber, Kompensation und Aufrechnung (1899); Götte, Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 164; Lippmann in Ihering's Jahrb. Bd. 43 S. 435. — Stammler S. 240; Dernburg §§ 124—129; Endemann I §§ 144—147; Cosack § 111; Mathiaß I § 95; Enneccerus I §§ 214—216; Kipp zu Windscheid, Pand. II §§ 349 ff.

1) Durch diesen Zweck unterscheidet sich die Aufrechnung z. B. vom Zurückbehaltungsrecht (Bd. I § 124) und überhaupt von den bloßen Mitteln des Rechtsschutzes.

2) Die Aufrechnung bezieht sich auch auf dingliche Ansprüche, sofern bei diesen nur die unten zu besprechenden Voraussetzungen vorliegen. Die Fassung des § 387 BGB.: „schulden zwei Personen einander Leistungen" läßt darüber keinen Zweifel. Vgl. Bd. I § 35 zu Note 9. Der Grund der Leistungspflicht ist für die Aufrechnung regelmäßig gleichgültig. Die Aufrechnung dinglicher Ansprüche wird hier nicht weiter erwähnt.

3) Im Sinne dieser Lehre wird Forderung regelmäßig diejenige genannt, welche aufgerechnet wird (d. i. diejenige, deren Gläubiger der aufrechnende Theil ist), — Gegenforderung diejenige, gegen welche aufgerechnet wird (also in welcher der aufrechnende Theil als Schuldner steht). Die Ausdrücke Forderung und Gegenforderung sind hier nicht in dem Sinne wie bei gegenseitigen Verträgen zu verstehen.

4) S. dazu Kohler a. a. O. S. 9.

5) So in § 394 BGB., § 221 HGB.

6) Dazu tritt der ethische Gesichtspunkt: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. S. Dernburg § 124 Ziff. I.

7) Geschichtlich hat sich die Aufrechnung im späteren röm. Recht Bahn gebrochen, und zwar im Prozesse. Hier erlangte der Beklagte das Recht (bei

I. Die Aufrechnung kann auf einem Vertrage beruhen: aber dies ist nicht der eigentliche uns hier beschäftigende Fall. Vielmehr besteht unter gewissen Voraussetzungen ein eigenartiges Recht jeder Partei, die Aufrechnung der gegenüberstehenden Forderungen selbst gegen den Willen des anderen Theils herbeizuführen. Dieses Recht der Aufrechnung soll im Folgenden besprochen werden: der Aufrechnungsvertrag ist davon unabhängig[8]). Sein Inhalt richtet sich nach der übereinstimmenden Festsetzung der Parteien; im Uebrigen nach dem allgemeinen Inhalt der Verträge. Und zwar regelmäßig der gegenseitigen Verträge. Bestand also z. B. eine Forderung nicht, die durch den Vertrag gegen die andere aufgewogen werden sollte, so ist der Vertrag nichtig resp. nicht erfüllbar, und es wird daher auch die Aufhebung der Gegenforderung nicht eintreten[9]). Kurzum, die Aufrechnung ist von der Wirksamkeit des geschlossenen Vertrages abhängig.

So wenigstens unter den Parteien[10]). Gegenüber Dritten kann in dem Vorgang, der als Aufrechnungsvertrag unwirksam ist, ein Akt (der einen oder anderen Partei) enthalten sein, der für sich die Voraussetzungen der einseitigen (gesetzlichen) Aufrechnung erfüllt[11]). Ist dies der Fall, so muß er als solche wirken[12]).

Umgekehrt wird die gesetzliche Aufrechnung da, wo sie an sich zulässig ist, nicht selten durch einen Vertrag der beiden Gläu-

---

den sog. bonae fidei judiciis ohne Weiteres, bei iud. stricti iuris auf Grund einer exceptio doli) Gegenforderungen gewisser Art zur Aufrechnung vorzuschützen. Darin lag also nach röm. Vorstellung eine Einrede. Ueber die Umwandlung des Gesichtspunkts im heutigen Recht und über die Befreiung des Instituts von den prozessualen Schranken s. u. Ziff. II. (Daß die Aufrechnung ipso iure wirke in dem Sinne, daß die beiden gegenüberstehenden Forderungen sich, wenn sie sonst zur Aufrechnung geeignet waren, gegenseitig von selbst aufzehrten, war ein Irrthum des Glossators Martinus, der schon im gemeinen deutschen Rechte wieder aufgegeben wurde. Doch drang er in einige Partikularrechte ein.) Vgl. Dernburg, Geschichte der Kompensation, bes. S. 67 ff., 284 ff.

8) Z. B. kann ein solcher Vertrag ganz ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der beiderseitigen Forderungen abgeschlossen werden. Desgleichen unter den verschiedensten Bedingungen 2c.

9) Aehnlich kann es aus allgemeinen Grundsätzen in anderer Art zu einer Aufhebung oder Rückgängigmachung des Vertrages kommen. S. zum Folgenden insbesondere Kohler S. 30 ff.

10) Und beim Mangel der gesetzlichen Aufrechnungsvoraussetzungen (s. o. Note 8).

11) Hauptfall ist, daß der eine Vertragstheil wegen Irrthums, Betrugs in seiner Erklärung anfechten kann. Dadurch bringt er den Vertrag als solchen zu Falle; aber die von dem Anfechtungsgrunde nicht beeinflußte Erklärung des Gegners kann unter Umständen als Aufrechnungserklärung im Sinne des § 388 BGB. (s. u. Ziff. II) wirken.

12) Also z. B. Bürgen, Pfandschuldner sind befreit, auch wenn die sonstigen Vertragswirkungen nicht eintreten. Arg. § 389 BGB.

biger ausgeschlossen[13]). Dies hat guten Sinn. Denn häufig ist es einer Partei wirthschaftlich nicht gleich, ob sie Baarmittel in die Hände bekommt oder blos von einer Forderung befreit wird.

II. Im Gegensatz zu allen diesen Abreden besteht das gesetzliche Recht der Aufrechnung darin, daß beim Gegenüberstehen zweier Forderungsrechte auf gleichartige Leistungen keine Partei die andere zur Leistung nöthigen, keine auch von der anderen zur Leistung gezwungen werden kann, — daß vielmehr jede Partei sich die Befriedigung im Wege der Aufrechnung gefallen lassen muß.

Die Aufrechnung geschieht aber heute[14]) einfach durch Erklärung des aufrechnenden Theils gegenüber dem anderen Theile. § 388 BGB. Die Erklärung ist unwiderruflich. Sie ist einseitiges Rechtsgeschäft[15]) und muß unbedingt und unbefristet geschehen. — Solange die Aufrechnung also noch nicht erklärt ist, tritt sie mit ein; beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen besteht nur eine Befugniß, sie durch die Erklärung herbeizuführen. Die Wirkung ist alsdann, daß die beiden Forderungen, soweit sie sich decken, als mit dem Zeitpunkte erloschen gelten, in welchem sie sich, abgesehen von der Erklärung, als zur Aufrechnung geeignet gegenübergetreten sind[16]). § 389. Darin liegt, daß die Aufrechnung nach unserem Gesetz niemals eine Einrede erzeugen kann[17]): vor der Aufrechnungserklärung nicht, weil sich bis dahin noch beide Forderungen gegenüberstehen und bis zum Verfolg der Erklärung in ihrem Bestande nicht beeinflussen[18]); nach der Aufrechnungserklärung nicht, weil durch sie unmittelbar die Forderungen bis zum Betrag der minderen auf-

13) Pactum de non compensando. Sein Abschluß kann unter Umständen im Versprechen der Baarzahlung liegen. S. auch § 391 Abs. 2 BGB. Auf einem Vertrage dieser Art beruht auch das Kontokurrentverhältniß.

14) Unter Befreiung von allen prozessualen Banden. S. o. Note 7. Das heißt nicht, daß die Aufrechnung nicht auch im Prozesse zulässig wäre. Ueber die prozessualische Aufrechnung s. u. § 194.

15) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. o. Bd. I § 88. Auf den Wortlaut kommt es nicht an. S. das. § 86. — Anfechtung wie bei Rechtsgeschäften überhaupt.

16) Dies war schon (im Gegensatz zu Note 7 i. f.) der Standpunkt des Glossators Azo. Bartolus und Baldus (ad l. 4 Dig. de comp.) befreiten die Aufrechnung sogar schon von dem Momente der gerichtlichen Vorschützung, sodaß das heutige Recht nur an die Auffassung dieser Männer wieder anknüpft, die in der späteren Zeit bis zur Unkenntlichkeit verdunkelt wurde. — Ueber das Detail s. u. § 193.

17) Wie nach gemeinem Recht. S. o. Note 7.

18) Jedenfalls nicht in der Weise, daß ein selbständiges Leistungsweigerungsrecht (Bd. I § 36) deswegen bestände. — Ueber den Einfluß der „Aufrechenbarkeit" s. im Uebrigen unten § 193 Ziff. I.

gehoben werden, also nicht blos ein Weigerungsrecht der Leistung entsteht[19]).

Hat der eine oder andere Theil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen[20]), so bestimmt die Aufrechnungserklärung zugleich die Forderung, mit welcher und gegen welche aufgerechnet werden soll. Dabei kann der Erklärende hinsichtlich der ihm selbst zustehenden mehreren Forderungen die aufzurechnende im Allgemeinen frei auswählen[21]). Hinsichtlich der dem Gegner zustehenden Forderungen liegt es nahe, dieselben Regeln wie bei der Zahlung auf mehrere Forderungen entscheiden zu lassen[22]). Doch steht die Aufrechnung auch hier nicht unbedingt der Erfüllung gleich. Vielmehr kann die in der Aufrechnungserklärung liegende Bestimmung der Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, nicht willkürlich dem Gegner aufgedrungen werden. Letzterer hat gegen die Bestimmung ein unverzügliches[23]) Widerspruchsrecht. Wird davon kein Gebrauch gemacht, so bleibt es bei der vom Aufrechnenden getroffenen Bestimmung. Widerspricht dagegen der andere Theil rechtzeitig der Aufrechnungsbestimmung, so wird die Bestimmung wirkungslos, die Aufrechnungserklärung als solche bleibt bestehen[24]). Die Sache liegt also geradeso, wie wenn die Aufrechnungserklärung ohne Bestimmung erfolgt wäre. D. h. es gelten dieselben Regeln, wie wenn eine effektive Leistung ohne Bestimmung der zu tilgenden Forderungen erfolgt wäre[25]). § 396 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2.

---

19) Wird die erfolgte Aufrechnung vom Beklagten im Prozesse geltend gemacht, so geschieht dies durch eine sog. rechtsverneinende Einwendung (Bd. I § 126 zu Note 7).

20) Vgl. Deichmann in d. Beitr. z. Erläut. d. deutschen Rechts Bd. 42 S. 257, 562; v. Seeler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 15 S. 104; J. Goldschmidt das. S. 153.

21) Die Wahlerklärung liegt in der Aufrechnungserklärung. Läßt sich nicht erkennen, welche seiner Forderungen der Erklärende zur Aufrechnung bringen will, so liegt ein Mangel der Erklärung vor, der sie unwirksam macht, wenn die Auslegung kein Resultat liefert. Oertmann § 396 Note 8 will hier die Reihenfolge des § 366 BGB. entscheiden lassen. Wie hier Dernburg § 129.

22) S. o. § 182 Ziff. 4.

23) Vgl. Bd. I § 111 Note 19.

24) Nach dem Satze: utile per inutile non vitiatur. S. o. Bd. I § 80 zu Note 19.

25) S. o. § 182 Ziff. 4 zu Note 53—60. Eine dem § 367 BGB. nicht entsprechende Aufrechnungsbestimmung kann der andere Theil sogar noch später (nicht unverzüglich) zurückweisen.

§ 192.

2. Voraussetzungen. Aufrechenbarkeit.

Die Aufrechnungserklärung ist nur dann wirksam, wenn zur Zeit ihrer Vornahme mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen einander gegenüberstehen[1]). Dieser Zustand setzt voraus:

1. Es müssen gleichartige Forderungen vorliegen, d. h. sie müssen auf gleichartige Leistungen gehen. § 387 BGB. Gleichartig sind Geldforderungen; aber auch Forderungen auf Getreide, Werthpapiere derselben oder ähnlicher Art[2]). Die Gleichartigkeit muß zur Zeit der Aufrechnungserklärung vorliegen, — ob der Schuldinhalt von Anfang an gleichartig war, ist unerheblich. Z. B. die Forderung verwandelt sich in eine solche auf Gelderſatz[3]). Doch besteht die Aufrechenbarkeit erst von der Gleichartigkeit der Forderungen an[4]). Der Schuldgrund kommt für die Frage der Gleichartigkeit nicht in Betracht.

Dagegen gehört der Leistungsort im Allgemeinen mit zu dem Inhalt der geschuldeten Leistung[5]); doch bildet eine Verschiedenheit des Leistungsorts[6]) der beiden Forderungen der Regel nach kein Hinderniß der Aufrechnung (weil diese sonst zu sehr eingeschränkt würde). Der Aufrechnende hat nur dem Gegner den auf der Ortsdifferenz beruhenden Schaden[7]) und überhaupt den ganzen Nachtheil zu ersetzen, den der Gegner durch die Nichtleistung am festgesetzten Orte[8]) erleidet[9]).

1) Die Aufrechenbarkeit muß zur Zeit der Erklärung vorhanden sein. Denn Bedingung und Zeittermin sind bei der Erklärung ausgeschlossen. § 388 BGB. Der Zustand der Aufrechenbarkeit ist, mangels besonderer Bemerkung, nur vorhanden, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen in Ansehung beider Forderungen vorliegen. S. dazu besonders bei Note 36 ff.

2) Uebrigens ist zuzusehen, was in concreto geschuldet wird: ob die vertretbaren Sachen selbst, oder nur scheinbar diese, in Wirklichkeit jedoch etwas anderes, z. B. ein Thun des Schuldners. Bei Verträgen auf Rückgabe (Darlehen) entsteht die Aufrechnungsbefugniß erst nach Hingabe der Valuta. Vorher liegt kein Geldanspruch, sondern nur eventuell ein Anspruch auf Darlehensbestellung (aus dem pactum de mutuo dando) vor.

3) Oder eine Schuld verwandelt sich durch rechtmäßigen Selbsthülfeverkauf des Schuldners in eine Geldschuld. Bei Wahlschulden hängt die Frage der Gleichartigkeit eventuell von der auszuübenden Wahl des dazu Berechtigten ab.

4) Vgl. o. § 191 zu Note 16 ff. Denn erst von da ab kann von einer Zurückdatirung des Effekts die Rede sein.

5) S. o. § 155.

6) Um so weniger eine Verschiedenheit des Ablieferungsorts. Vgl. zum Folgenden schon l. 5 Dig. de comp. 16, 2.

7) Also z. B. die Transportkosten der Hinschaffung der am Erfüllungsort benöthigten Waare, oder der vom Gegner selbst zu leistenden, bereits an die Ablieferungsstelle verbrachten eigenen Waaren u. dgl.

8) Z. B. er hatte die benöthigten Waaren am Ablieferungsort weiter verkauft und muß sie sich daselbst nun zu höherem Preise anschaffen, um seinerseits

§ 391 Abs. 1 BGB. Ist der Ablieferungsort nach Inhalt des Schuldverhältnisses so wesentlich, daß Leistung an einem anderen Ort nicht als Erfüllung angesehen werden kann, so ist die Aufrechnung mit einer an anderem Orte fälligen Forderung unzulässig. Dies wird im Zweifel angenommen, wenn außer dem Orte auch der Zeitpunkt der Leistung genau bestimmt ist[10]). § 391 Abs. 2. Wer sich die Leistung fix an einem bestimmten Orte bedungen hat, hat sie sich regelmäßig auch baar bedungen. Ihm ist mit Aufrechnung nicht gedient[11]).

2. Abgesehen davon würde eine Verschiedenheit der Leistungszeit in beiden Forderungsrechten der Aufrechnung nicht entgegenstehen[12]). Doch kann jedenfalls nur eine fällige Forderung aufgerechnet werden. Denn sowenig ein Gläubiger vor der Fälligkeit Erfüllung verlangen kann, darf er sich durch Aufrechnung befriedigen. Dagegen kann ein Schuldner regelmäßig vor der Fälligkeit leisten: folglich kann der selbst Forderungsberechtigte auch mit einer noch nicht fälligen Gegenforderung aufrechnen, sofern er selbst leisten darf[13]). § 387 i. f.

3. Es müssen zwei selbständige Forderungsrechte[14]) derselben Personen in umgekehrter Parteirolle vorliegen. Selbständige Forderungsrechte sind nicht die gegenseitigen Ansprüche aus einem zusammengesetzten Rechtsverhältniß, z. B. einer Geschäftsführung (Vermögensverwaltung u. dgl.), wo von vornherein nur ein Theil den nach Abzug der Unkosten ꝛc. sich ergebenden Ueberschuß zu fordern hat[15]). Die Aufrechnungsregeln[16]) sind darauf nicht anwendbar.

4. Der Gläubiger des einen der gegenüberstehenden Forderungsrechte muß Schuldner des anderen sein und umgekehrt.

---

noch rechtzeitig erfüllen zu können. Oder er kann dies überhaupt nicht mehr und verfällt deshalb in eine Vertragsstrafe.

9) Vorbehaltlich der allgemeinen Grenzen der Schadensersatzpflicht, s. o. § 151 u. Bd. I §§ 108 u. 111.

10) S. o. § 156 Ziff. III. Wer hier dennoch aufrechnet, muß die gesetzliche Auslegungsregel durch Gegenbeweis bekämpfen. Andernfalls ist er für die Nichtlieferung verantwortlich. — Die Frage nach der Aufrechnung etwaigen Schadensersatzes ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beantworten.

11) Vgl. § 191 Ziff. I gegen Ende.

12) Nach § 156 oben.

13) Gemäß den Ausführungen in § 156. Hier hat er, nicht aber der Gegner das Kompensationsrecht.

14) Von dem Fall mehrerer aufrechenbarer Forderungen auf jeder Seite ist hier nicht weiter die Rede. Die für die Aufrechnung in Betracht kommenden jedesmaligen beiden Forderungen ergeben sich aus den Ausführungen oben § 191 i. f.

15) S. auch oben § 181 Note 1.

16) Z. B. die Nothwendigkeit einer Aufrechnungserklärung. S. auch Weismann a. a. O. S. 5.

Erblasser und Erbe gelten dabei als eine und dieselbe Person[17]). Bei Sonderrechtsnachfolge in die Parteirollen des einen Schuldverhältnisses ist die Aufrechnung ebenfalls gestattet, jedoch im Zusammenhang mit den Grundsätzen jener Rechtsnachfolge beschränkt. Vgl. § 406 BGB. Davon wird später die Rede sein[18]).

In dem Gesagten liegt:

a) Der Schuldner kann nur mit einer ihm selbst zustehenden Forderung aufrechnen, nicht mit der Forderung eines Dritten. Z. B. ein Gesammtschuldner nicht mit der Forderung eines anderen Gesammtschuldners (§ 422 Abs. 2), der Bürge und dritte Pfandbesitzer nicht mit einer Forderung des Hauptschuldners wider den Gläubiger (Bürge und Pfandbesitzer können nach §§ 770 Abs. 2, 1137, 1211 BGB. den fordernden Gläubiger nur im Wege der Einrede auf seine Kompensationsbefugniß verweisen).

b) Der Schuldner kann nur eine Forderung aufrechnen, die ihm gegen seinen Gläubiger zusteht. Z. B. der Schuldner kann dem einen Gesammtgläubiger nicht aufrechnen, was er von einem anderen Gesammtgläubiger (§ 429 Abs. 3), — dem Kommissionär nicht, was er von dem Kommittenten zu fordern hat[19]).

c) Endlich kann auch nicht ein Dritter — der für den Schuldner leisten könnte — mit einer ihm selbst wider den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen[20]). Anders nur, wo dem Dritten in seinem eigenen Interesse die Befugniß zusteht, den Gläubiger zu befriedigen. §§ 268, 1142 Abs. 2 (1192, 1200), 1224, 1249 BGB. Dies kann auch durch Aufrechnung geschehen.

5. Um aufrechnen zu können, muß der Schuldner volle Verfügungsfreiheit über seine Forderung besitzen[21]). Daher können gegen die Gesellschaftsforderungen keine Schulden eines einzelnen Gesellschafters aufgerechnet werden (vgl. § 719 Abs. 2)[22]), gegen Erbschaftsforderungen keine Schulden eines einzelnen Miterben (§ 2040), oder des

17) Vgl. l. 18 pr. § 1 Dig. 16, 2 etc. und ähnlich oben § 130 vor Note 35.
18) S. u. §§ 197 ff. bes. § 200 Ziff. II zu Note 36 ff.
19) S. hierzu übrigens noch § 392 HGB., bes. Abs. 2.
20) S. o. § 154. Ein anderes ist eben leisten, ein Anderes aufrechnen. Befriedigung durch Befreiung von eigenen Schulden gegenüber Dritten braucht man sich regelmäßig nicht gefallen zu lassen. S. schon l. 18 § 1 Dig. de comp. 16, 2 u. Kohler S. 6 ff. — Ueber das Verhältniß von Vor- und Nacherben s. § 2140 BGB. und das Erbrecht.
21) S. o. Bd. I § 84. Weismann a. a. O. S. 7 ff.
22) Denn das Gesellschaftsvermögen bildet eine Masse für sich, die nicht den Gesellschaftern pro rata gehört. S. u. §§ 280 ff. Aehnlich bei nicht rechtsfähigen Vereinen (§ 54 BGB.) und im gleich folgenden Falle des Textes.

Erben überhaupt, falls eine Nachlaßverwaltung[23]) eingesetzt ist (arg. § 1977 BGB.). Der Nießbraucher, Pfandgläubiger einer Forderung kann diese Forderung nicht gegen eigene Schulden aufrechnen (§§ 1074 i. f., 1282 Abs. 2); ebensowenig kann der Drittschuldner aufrechnen, was er vom Nießbraucher resp. Pfandgläubiger zu fordern hat[24]). Unter denselben Gesichtspunkt fällt auch die Vorschrift über das Verbot der Aufrechnung von Aktiv- und Passivposten, die zum Ressort verschiedener Kassenverwaltungen des Reichs- oder Landesfiskus, einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbands gehören (§ 395 BGB.). Es fallen dahin die Vorschriften über den Ausschluß der Aufrechnung gegenüber beschlagnahmten Forderungen[25]). § 392. Selbstverständlich wirkt dieses Verbot nur relativ, zu Gunsten des beschlagnehmenden Gläubigers[26]). Auch ist es beschränkt, ähnlich wie bei der Aufrechnung gegen abgetretene Forderungen[27]). Die Aufrechnung ist nicht davon abhängig, daß sie im Moment der Beschlagnahme bereits vollendet (z. B. die Aufrechnungserklärung schon abgegeben) war. Dies würde die Lage des Drittschuldners zu sehr gefährden[28]), sie durch einseitige, auf der Gegnerseite spielende Rechtsvorgänge in Mitleidenschaft ziehen[29]). Jedenfalls sollen begründete Rechtsaussichten des Drittschuldners auf Kompensation durch die Beschlagnahme der Gegenforderung nicht durchkreuzt werden. Demgemäß ist die Aufrechnung des Drittschuldners wider seinen gepfändeten Gläubiger davon abhängig, daß er vor der Pfändung bereits feste Aussicht auf die Kompensation hatte. Dies ist der Fall

a) wenn er seine Forderung in aufrechenbarem Zustand schon vor der Beschlagnahme erworben hatte[30]);

23) Ueber den Fall der Testamentsvollstreckung s. § 2211 BGB. Danach kann die Aufrechnungserklärung nur durch und an den Vollstrecker geschehen.

24) Ueber eine Ausnahme s. § 1288 Abs. 2 BGB.

25) In der Zwangsvollstreckung (durch Pfändung) oder durch Arrestvollziehung. S. §§ 829, 845, 930, 936 CPO. u. oben Bd. I § 84 bei Note 4.

26) Arg. § 135 BGB. Wird die Beschlagnahme aufgehoben, so wird die Aufrechnung vollwirksam.

27) S. o. Note 18 u. Cit. — Denn die Beschlagnahme steht einer teilweisen Abtretung der Forderung gleich.

28) Der häufig in dem Vertrauen, daß auch sein Gegner die kompensabele Gegenforderung nicht beitreiben werde, die Erklärung unterläßt. Auch das Erforderniß der bloßen Aufrechenbarkeit (Note 1) ist nicht unbedingt festzuhalten. Es sprechen dagegen zwingend die unten § 200 nach Note 57 im Fall der Abtretung der Gegenforderung ausgesprochenen Gründe. An Stelle der Abtretung ist hier nur die Beschlagnahme zu setzen. Mangels Fälligkeit im Moment der Beschlagnahme fehlt die Aufrechenbarkeit in diesem Zeitpunkt, und doch ist die Aufrechnung später nicht gänzlich auszuschließen. § 392 BGB. geht dem § 406 eod. parallel.

29) Für den Fall des Konkurses s. u. § 194 bei Note 33 ff.

b) war die Forderung in diesem Augenblicke wegen mangelnder Fälligkeit noch nicht aufrechenbar, so genügt es, wenn sie nur früher oder gleichzeitig mit der beschlagnahmten Forderung fällig wurde.

§ 392 BGB. faßt dies in eine kurze negative Formel zusammen.

6. Die Aufrechnung setzt weiter Rechtsbeständigkeit[31]) der aufzurechnenden Forderungen voraus.

a) Bei der Forderung, mit welcher aufgerechnet werden soll, versteht sich dieses Erforderniß von selbst. Der Aufrechnende würde sonst eine stumpfe Waffe gebrauchen. Auch wird es durch § 390 BGB. direkt bestätigt. Dies trifft nichtige Forderungen, anfechtbare für den Fall, daß die Anfechtung (wenn auch nachträglich) erfolgt[32]), und nicht klagbare Forderungen, z. B. solche aus Spiel und Wette, Ehevermittelung u. dgl.[33]). Ebensowenig können Forderungen zur Aufrechnung benutzt werden, denen eine Einrede entgegensteht[34]), — mit einziger Ausnahme der Verjährungseinrede, wenn die Aufrechenbarkeit der Forderung im Uebrigen schon vor Vollendung der Verjährung eingetreten war[35]). § 390.

b) Ebenso kann nur gegen eine wirklich bestehende Gegenforderung aufgerechnet werden. Dies folgt aus dem Begriff der Aufrechnung, die ein gleichzeitiges Erlöschen beider gegenüberstehender Forderungen bezweckt (§ 389) und grundsätzlich dem einen wie dem

30) Bei Erwerb durch Abtretung entscheidet der Moment des Abtretungsvertrages (s. u. §§ 197 ff.); wenn dieser bedingt ist, nach allgemeinen Grundsätzen der Augenblick der Eintritts der Bedingung.

31) D. i. Gültigkeit und Wirksamkeit (Bd. I §§ 80 ff.) der Forderung. Von einzelnen Fällen einer blos relativen Unwirksamkeit war schon bei Note 26 ff. die Rede. — Zweifel bestehen wegen der Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll. S. o. Note 1.

32) Durch die vollzogene Anfechtung wird die aufgerechnete Forderung rückwärts vernichtet: der Kompensationseffekt ist also nicht eingetreten. Die Gegenforderung besteht noch. Vgl. Schollmeyer zu § 390 Note 2. A. M. Oertmann in d. Ztschr. „Das Recht" 1901 S. 447 ff.

33) S. o. § 140. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 130. Auf nicht klagbare Forderungen ist der Schuldner ebensowenig wie auf einredebehaftete (s. u.) zu leisten gezwungen, braucht sich also auch die Zwangsbefriedigung durch Aufrechnung nicht gefallen zu lassen.

34) S. o. Bd. I § 36. Bei dilatorischen Einreden solange sie der Forderung entgegenstehen.

35) Es wäre unbillig, um der bloßen Verzögerung der Aufrechnungserklärung willen, in diesem Fall die ganze Aufrechnung auszuschließen, da häufig die Erklärung gerade deshalb unterbleibt, weil man darauf vertraut, daß auch der Gegner die kompensabele Gegenforderung nicht beitreiben werde (s. o. Note 28). Dieses Ergebniß soll durch Verjährung der Forderung nicht erschüttert werden. — Es ist darauf zu achten, ob abgesehen von der Aufrechnungserklärung alle Voraussetzungen der Aufrechnung vorlagen. Dies ist nicht der Fall, wenn der Aufrechnende vor Vollendung der Verjährung selbst nicht zu leisten berechtigt war. S. o. bei Note 13.

anderen Theile die Befugniß gibt, diesen Effekt in einem gegebenen Falle herbeizuführen (§ 387). Auch die Gegenforderung muß also existiren. Es ist unhaltbar, in Folge der Aufrechnung gegen eine nichtige Forderung Tilgung der eigenen anzunehmen und den Aufrechnenden, ähnlich wie bei der Zahlung einer nichtigen Forderung, auf den Bereicherungsanspruch zu verweisen[36]). Ein Anderes ist zahlen, ein Anderes aufrechnen. Die Aufrechnung gegen nicht bestehende Forderungen ist ein unwirksamer Rechtsakt, weil eine Voraussetzung der Aufrechnung fehlt. Der Aufrechnende behält also seine Forderung. Dagegen kann man wider Gegenforderungen aus anfechtbaren Rechtsgeschäften, hinsichtlich deren dem Aufrechnenden selbst das Anfechtungsrecht zusteht, ingleichen gegen nicht klagbare oder mit einer Einrede behaftete Forderungen wirksam aufrechnen[37]), da keinerlei Zwang zur Geltendmachung der entsprechenden Rechte für den Aufrechnenden besteht[38]).

7. Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet eine Aufrechnung gegen dieselbe nicht statt. Kann die Forderung dem Gläubiger nicht zwangsweise entzogen werden, so soll dies auch nicht mittelst Aufrechnung geschehen. § 394 S. 1. Die in Betracht kommenden Forderungen sichern ihrem Gläubiger meist nur die Lebensnothdurft[39]): daher soll ihm die Leistung baar zukommen[40]). Jedoch

a) gegen die in § 394 BGB. Satz 2 erwähnten, aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen (insbesondere aus Knappschaftskassen und

---

36) Zustimmend Dernburg § 126 Ziff. I, Kipp zu Windscheid § 349 Note 2a, Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 120, Siber S. 92 ff., Cosack § 111 I Ziff. 5c, Schollmeyer § 387 Note 1d, Planck eod. Note 2, Oertmann eod. Note 3 u. in d. Ztschr. „Das Recht" 1901 S. 448 ff. A. M. Kohler a. a. O. S. 20, Weismann S. 28.

37) Dies läßt sich auch a contrario aus § 390 BGB. ableiten.

38) Eine andere Frage ist, ob er den Aufrechnungseffekt als eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gegners (nach §§ 812 ff. BGB.) kondiziren kann. Vgl. Siber S. 90 ff. Dies ist vor Allem der Fall, wenn der Aufrechnende bei Erklärung der Aufrechnung die betreffenden Rechte, z. B. die ihm zustehende Einrede nicht kannte, — es handele sich denn blos um eine aufschiebende, oder um die Verjährungseinrede (§ 813 BGB.).

39) S. o. § 156 zu Note 49 u. § 186 Ziff. 1.

40) Die gesetzlichen Beschränkungen der Zwangsvollstreckung beruhen vor Allem auf § 850 ff. CPO. und anderen oben § 186 bei Note 7 ff. cit. Gesetzen. — Das ehemalige gemeine Recht enthielt ein minder ausgedehntes Verbot der Aufrechnung gegen Alimentationsansprüche. Dernburg, Kompensation S. 519. Die Ausdehnung ist nicht überall unbedenklich, indem z. B. der Arbeits- und Dienstlohn gegen Beschädigungen des Bediensteten nicht aufgerechnet werden darf. Doch greift vielfach das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. (oben Bd. I § 124) ein. — Wegen Aufrechnung gegen die Lohnforderung des Gesindes s. preuß. AG. Art. 14.

b) war die Forderung in diesem Augenblicke wegen mangelnder Fälligkeit noch nicht aufrechenbar, so genügt es, wenn sie nur früher oder gleichzeitig mit der beschlagnahmten Forderung fällig wurde.

§ 392 BGB. faßt dies in eine kurze negative Formel zusammen.

6. Die Aufrechnung setzt weiter Rechtsbeständigkeit[31]) der aufzurechnenden Forderungen voraus.

a) Bei der Forderung, mit welcher aufgerechnet werden soll, versteht sich dieses Erforderniß von selbst. Der Aufrechnende würde sonst eine stumpfe Waffe gebrauchen. Auch wird es durch § 390 BGB. direkt bestätigt. Dies trifft nichtige Forderungen, anfechtbare für den Fall, daß die Anfechtung (wenn auch nachträglich) erfolgt[32]), und nicht klagbare Forderungen, z. B. solche aus Spiel und Wette, Ehevermittelung u. dgl.[33]). Ebensowenig können Forderungen zur Aufrechnung benutzt werden, denen eine Einrede entgegensteht[34]), — mit einziger Ausnahme der Verjährungseinrede, wenn die Aufrechenbarkeit der Forderung im Uebrigen schon vor Vollendung der Verjährung eingetreten war[35]). § 390.

b) Ebenso kann nur gegen eine wirklich bestehende Gegenforderung aufgerechnet werden. Dies folgt aus dem Begriff der Aufrechnung, die ein gleichzeitiges Erlöschen beider gegenüberstehender Forderungen bezweckt (§ 389) und grundsätzlich dem einen wie dem

30) Bei Erwerb durch Abtretung entscheidet der Moment des Abtretungsvertrages (s. u. §§ 197 ff.); wenn dieser bedingt ist, nach allgemeinen Grundsätzen der Augenblick der Eintritts der Bedingung.

31) D. i. Gültigkeit und Wirksamkeit (Bd. I §§ 80 ff.) der Forderung. Von einzelnen Fällen einer blos relativen Unwirksamkeit war schon bei Note 26 ff. die Rede. — Zweifel bestehen wegen der Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll. S. o. Note 1.

32) Durch die vollzogene Anfechtung wird die aufgerechnete Forderung rückwärts vernichtet: der Kompensationseffekt ist also nicht eingetreten. Die Gegenforderung besteht noch. Vgl. Schollmeyer zu § 390 Note 2. A. M. Oertmann in d. Ztschr. „Das Recht" 1901 S. 447 ff.

33) S. o. § 140. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 130. Auf nicht klagbare Forderungen ist der Schuldner ebensowenig wie auf einredebehaftete (s. u.) zu leisten gezwungen, braucht sich also auch die Zwangsbefriedigung durch Aufrechnung nicht gefallen zu lassen.

34) S. o. Bd. I § 36. Bei dilatorischen Einreden solange sie der Forderung entgegenstehen.

35) Es wäre unbillig, um der bloßen Verzögerung der Aufrechnungserklärung willen, in diesem Fall die ganze Aufrechnung auszuschließen, da häufig die Erklärung gerade deshalb unterbleibt, weil man darauf vertraut, daß auch der Gegner die kompensabele Gegenforderung nicht beitreiben werde (s. o. Note 28). Dieses Ergebniß soll durch Verjährung der Forderung nicht erschüttert werden. — Es ist darauf zu achten, ob abgesehen von der Aufrechnungserklärung alle Voraussetzungen der Aufrechnung vorlagen. Dies ist nicht der Fall, wenn der Aufrechnende vor Vollendung der Verjährung selbst nicht zu leisten berechtigt war. S. o. bei Note 13.

anderen Theile die Befugniß gibt, diesen Effekt in einem gegebenen Falle herbeizuführen (§ 387). Auch die Gegenforderung muß also existiren. Es ist unhaltbar, in Folge der Aufrechnung gegen eine nichtige Forderung Tilgung der eigenen anzunehmen und den Aufrechnenden, ähnlich wie bei der Zahlung einer nichtigen Forderung, auf den Bereicherungsanspruch zu verweisen[36]). Ein Anderes ist zahlen, ein Anderes aufrechnen. Die Aufrechnung gegen nicht bestehende Forderungen ist ein unwirksamer Rechtsakt, weil eine Voraussetzung der Aufrechnung fehlt. Der Aufrechnende behält also seine Forderung. Dagegen kann man wider Gegenforderungen aus anfechtbaren Rechtsgeschäften, hinsichtlich deren dem Aufrechnenden selbst das Anfechtungsrecht zusteht, ingleichen gegen nicht klagbare oder mit einer Einrede behaftete Forderungen wirksam aufrechnen[37]), da keinerlei Zwang zur Geltendmachung der entsprechenden Rechte für den Aufrechnenden besteht[38]).

7. Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet eine Aufrechnung gegen dieselbe nicht statt. Kann die Forderung dem Gläubiger nicht zwangsweise entzogen werden, so soll dies auch nicht mittelst Aufrechnung geschehen. § 394 S. 1. Die in Betracht kommenden Forderungen sichern ihrem Gläubiger meist nur die Lebensnothdurft[39]): daher soll ihm die Leistung baar zukommen[40]). Jedoch

a) gegen die in § 394 BGB. Satz 2 erwähnten, aus Kranken-, Hülfs- oder Sterbekassen (insbesondere aus Knappschaftskassen und

---

36) Zustimmend Dernburg § 126 Ziff. I, Kipp zu Windscheid § 349 Note 2a, Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 120, Siber S. 92 ff., Cosack § 111 I Ziff. 5c, Schollmeyer § 387 Note 1d, Planck eod. Note 2, Oertmann eod. Note 3 u. in d. Ztschr. „Das Recht" 1901 S. 448 ff. A. M. Kohler a. a. O. S. 20, Weismann S. 28.

37) Dies läßt sich auch a contrario aus § 390 BGB. ableiten.

38) Eine andere Frage ist, ob er den Aufrechnungseffekt als eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gegners (nach §§ 812 ff. BGB.) kondiziren kann. Vgl. Siber S. 90 ff. Dies ist vor Allem der Fall, wenn der Aufrechnende bei Erklärung der Aufrechnung die betreffenden Rechte, z. B. die ihm zustehende Einrede nicht kannte, — es handele sich denn blos um eine aufschiebende, oder um die Verjährungseinrede (§ 813 BGB.).

39) S. o. § 156 zu Note 49 u. § 186 Ziff. 1.

40) Die gesetzlichen Beschränkungen der Zwangsvollstreckung beruhen vor Allem auf § 850 ff. CPO. und anderen oben § 186 bei Note 7 ff. cit. Gesetzen. — Das ehemalige gemeine Recht enthielt ein minder ausgedehntes Verbot der Aufrechnung gegen Alimentationsansprüche. Dernburg, Kompensation S. 519. Die Ausdehnung ist nicht überall unbedenklich, indem z. B. der Arbeits- und Dienstlohn gegen Beschädigungen des Bediensteten nicht aufgerechnet werden darf. Doch greift vielfach das Zurückbehaltungsrecht des § 273 BGB. (oben Bd. I § 124) ein. — Wegen Aufrechnung gegen die Lohnforderung des Gesindes s. preuß. AG. Art. 14.

Kassen der Knappschaftsvereine) zu beziehenden Hebungen können die diesen geschuldeten Beiträge aufgerechnet werden [41]).

b) Ferner kann das Landesrecht bestimmen, daß Ansprüche der Beamten, Geistlichen und öffentlichen Lehrer auf Besoldung, Ruhegehalt, Warte-, Wittwen- und Waisengelder der Aufrechnung unterliegen sollen. Art. 81 EG.BGB. [42]).

Die Aufrechnung mit den genannten unpfändbaren Forderungsrechten von Seiten des Gläubigers ist gestattet. Das Verbot ist auch hier einseitig.

8. Aehnliches gilt für die Aufrechnung von Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen [43]). Gegen diese Forderungen ist keine Aufrechnung gestattet. Dem liegt der richtige Gedanke zu Grunde, daß das absolute Unrecht [44]) vor Allem Wiederherstellung verlangt. Nur bei bloßer Fahrlässigkeit wird davon abgesehen und die Aufrechnung gestattet [45]). § 393 BGB.

9. Einige besondere Aufrechnungsverbote sind in Spezialgesetzen enthalten. So kann ein Aktionär nicht den Betrag seiner Aktienzeichnung gegen sonstige Forderungen wider die Gesellschaft, — ein Gesellschafter nicht seine Einlagen gegen Forderungen wider die Genossenschaft aufrechnen. Vgl. §§ 221, 320 Abs. 3 HGB., § 22 Abs. 3 RG. v. 1. Mai 1889, § 19 Abs. 2 d. Ges. v. 20. April 1892 [46]).

§ 193.

3. Wirkungen der Aufrechnung.

Erst die Aufrechnungserklärung vollendet die Aufrechnung: aber doch nur in dem Sinne, daß die Tilgung der beiden gegenüber-

41) Dies folgt ebenfalls aus Konnexitätsgrundsätzen.

42) Vgl. hierzu bayr. AG. Art. 12, hess. Art. 35, Mecklenb.Schw. Art. 35, Mecklenb.Strelitz § 37, Oldenburg § 3 u. A.

43) S. über dieselben §§ 823 ff. BGB. u. unten das Recht der unerlaubten Handlungen.

44) S. o. Bd. I § 107 Ziff. 1b. Auf das relative Unrecht (die vorsätzliche Verletzung bestehender Schuldverhältnisse) bezieht sich die Bestimmung nicht. Daß blos ein rechtsgeschäftlicher Gesichtspunkt konkurrirt, ist gleichgültig.

45) Im röm. Recht wurde in dieser Weise nur die Forderung auf Herausgabe des durch widerrechtliche Eigenmacht Erlangten getroffen, diese aber sogar ohne wissentliche Unredlichkeit (vgl. l. 14 § 2 Cod. de comp. 4, 31). Dies war zu eng und zu weit. Die moderne Ausgestaltung hat die Rechtskonsequenz für sich. Dadurch entfällt auch das Bedürfniß für die andere römischrechtliche Bestimmung, daß der Verwahrer gegen die Forderung auf Rückgabe des Depositums nicht aufrechnen dürfe (l. 11 Cod. depos. 4, 34). Liegt vorsätzliche Handlung (Unterschlagung) vor, so wird der Fall von § 393 BGB. umfaßt. Darüber hinaus besteht für die Vorschrift kein genügender Grund.

46) Die Bestimmungen erklären sich aus dem oben § 191 Ziff. I i. f.

stehenden Forderungen nicht ohne Wissen und Willen der Betheiligten — also von selbst — eintreten soll[1]). Vielmehr ist die Herbeiführung dieses Effekts ein Recht jedes Betheiligten, von dem er nach Befinden Gebrauch machen kann.

Anderseits ist schon die möglicherweise zu dieser Tilgung führende Situation — die sog. Aufrechenbarkeit —, auch wenn die Aufrechnungserklärung noch fehlt, nicht einflußlos auf die davon betroffenen Forderungen. Es ist somit zwischen den Wirkungen der vollendeten Aufrechnung und denjenigen der bloßen Aufrechenbarkeit zu unterscheiden.

I. Das bloße Dasein einer aufrechenbaren Gegenforderung gibt dem Schuldner das Recht, die beiden Forderungen als aufgehoben zu behandeln, soweit sie sich decken, und zwar von dem Augenblicke an, da die Aufrechnungsbefugniß für ihn eingetreten ist. Die Sachlage hat Aehnlichkeit mit derjenigen eines Schuldners, welcher das Schuldobjekt hinterlegte, aber das Rücknahmerecht der Hinterlegung noch nicht verloren hat[2]). Man weiß noch nicht, ob die Situation zum Erlöschen der Forderung führen wird. Die Forderung besteht noch, aber ihr Erlöschen ist in der Schwebe, ihre Vollwirksamkeit gebrochen; der Zustand weitet sich zum definitiven Erlöschen aus, wenn noch das letzte Thatbestandsstück, die Aufrechnungserklärung, nachfolgt[3]). Die Rückziehung dieser Wirkung auf den Schwebezustand hat daher nichts Auffälliges[4]).

1. Hiernach bleiben die Wirkungen der bloßen Aufrechenbarkeit

---

Gesagten. Mangels Baarzahlung würde das erforderliche Grundkapital nicht zusammenkommen. Dies muß in erster Linie zusammengebracht werden.

1) Diese rechtsgeschichtlich nicht unvertreten gebliebene (s. o. § 191 Note 7 i. f.), in Frankreich heute noch herrschende Auffassung ist verlassen.

2) Doch handelt es sich bei der Aufrechenbarkeit um mehr als eine Einrede. Es handelt sich um die Befugniß, der Schuld durch Aufopferung einer eigenen Forderung ein Ende zu machen. S. auch Dernburg § 127 Ziff. II. Hieraus wird gefolgert, daß eine in Unkenntniß der Aufrechnungsmöglichkeit erfolgte Erfüllung der einen Forderung die nachträgliche Abgabe der Kompensationserklärung nicht ausschließe, wogegen das Geleistete nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden könne (§ 813 BGB.). So z. B. Weismann a. a. O. S. 34; Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 110, Hellwig, Anspruch u. Klagerecht S. 20. Aber trotz der Aufrechenbarkeit besteht die Forderung noch, und ist ihre Zahlung möglich. Durch die Zahlung aber wird die aufrechenbare so gut wie die nicht aufrechenbare Forderung getilgt, und nach der Tilgung hört die Möglichkeit der Aufrechnung auf (s. o. § 192 Note 1 u. 31). Zustimmend Planck § 389 Note 3.

Ueber andere Folgen der Aufrechenbarkeit s. z. B. unten § 218 Ziff. 2a.

3) Wie bei der Hinterlegung die Annahme des Depots durch den Gläubiger.

4) Insbesondere involvirt sie so wenig wie bei der Hinterlegung eine Fiktion (vgl. § 191 Note 42). S. dazu noch Lippmann a. a. O. Bd. 43 S. 437 ff.

hinter denen der vollendeten Aufrechnung erheblich zurück. Beide Forderungen bestehen noch; — wäre eine von ihnen definitiv (z. B. durch Baarzahlung) erloschen, so kann von Aufrechnung nicht mehr die Rede sein. Der Effekt der Vorwirkung[5]) geht nicht soweit, daß der Zahlung noch die Aufrechnungserklärung nachfolgen, und die Baarleistung als eine Nichtschuld zurückgefordert werden könnte[6]). Auf der anderen Seite kann der verurtheilte Schuldner die Aufrechnungserklärung noch (wie eine Zahlung) während der Zwangsvollstreckung in die aufrechenbare Forderung nachholen, obschon die Aufrechenbarkeit schon vor dem zu vollstreckenden Urtheil vorhanden war[7]). Zahlen oder aufrechnen ist auch in dieser Beziehung eine dem Schuldner offenstehende Alternative[8]).

2. Dagegen folgt aus der Vorwirkung, daß die aufrechnungsberechtigte Partei die gegenseitige Aufhebung der beiden Forderungen bis zur Höhe der minderen durch Erklärung so herbeiführen kann, als hätten sich die beiden Forderungen beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen sofort getilgt.

a) Nach stattgefundener Erklärung können somit gewisse, während des Schwebezustands getroffene Verfügungen über die eine oder andere Forderung[9]) die aus der Aufrechnung erwachsenden Rechte des Erklärenden nicht mehr beeinträchtigen. So vor Allem nicht eine freiwillige Abtretung[10]) oder die Beschlagnahme[11]) der einen Forderung. Dem Rücktritt eines Gläubigers von seinem Schuld-

---

5) D. i. der Aufrechenbarkeit. Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 24 S. 1 ff. spricht von der Aufrechnungssituation.

6) S. o. Note 2. Anders das röm. Recht (l. 10 § 1 Dig. de comp. 16, 2); aber eine derartige Bestimmung läßt sich nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch hineintragen, das in §§ 387, 388 deutlich die Vornahme des Aufrechnungsgeschäfts vom Dasein zweier existenter, sich kreuzender Forderungen abhängig macht. Daß der Ausschluß der condictio bei Irrthum des Zahlenden (z. B. bei verschiedenem Zinsfuß der beiden Forderungen) unbillig sei, kann ich nicht zugeben. Ist es nicht unbillig, dem Gegner wieder zu entziehen, was er bona fide als ihm wirklich geschuldet empfangen hat?

7) Die Aufrechnungserklärung in der Zwangsvollstreckung wird also nicht durch § 767 Abs. 2 CPO. präkludirt. Die Erklärung ist nicht deshalb unzulässig, weil der Grund schon vor der Verurtheilung zur Zahlung der aufrechenbaren Forderung vorhanden war. Die Aufrechnung vollzieht sich und wirkt erst mit der Erklärung. Zustimmend Planck § 389 Note 3, Schollmeyer Note 2.

8) Dies hebt auch Hellwig a. a. O. S. 20 richtig hervor, ohne aber die Konsequenz aus der Koordination beider Rechtsbehelfe zu ziehen.

9) Vorbehaltlich des für die Erfüllung kompensabeler Forderungen oben Gesagten. Denn in Folge der Koordination von Erfüllung und Aufrechnung schließt der Vollzug der einen die andere aus.

10) Näheres unten § 200 Note 36 ff.

11) S. darüber das Detail schon oben § 192 zu Note 25 ff.

verhältniß wegen Nichterfüllung kann durch unverzügliche Nachholung der Aufrechnungserklärung begegnet werden[12]). Ja nicht einmal durch Verjährung der einen Forderung wird die Aufrechnungsmöglichkeit geschmälert[13]).

b) Aehnlich wie bei der Hinterlegung[14]) können vom Zeitpunkt der Vorwirkung an die Sicherheiten der aufzurechnenden Forderungen nicht mehr mit Erfolg angegriffen werden[15]) und sind nach Vollzug der Aufrechnung gänzlich befreit. Ebenso ist, wenn es zur Aufrechnung kommt, die Zinspflicht schon vom Moment des aufrechenbaren Gegenübertretens der beiden Forderungen ab sistirt[16]); die Folgen des auf der einen Seite eingetretenen Erfüllungsverzuges gelten als nicht eingetreten, eine Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung gilt als nicht erwirkt 2c.

II. Ist die Aufrechnung erklärt, so gelten die beiden gegenüberstehenden Forderungen als erloschen soweit sie sich decken, also bis zum Betrag der minderen von ihnen. Der Tilgungseffekt datirt von dem Augenblick an, da sich die Forderungen als zur Aufrechnung geeignet gegenübergetreten sind[17]). § 389 BGB. Der Rest der höheren Forderung bleibt bestehen und kann wie bisher geltend gemacht werden. Der Gegner des Aufrechnenden kann, wenn ihm die größere Forderung zusteht, nicht einwenden, daß Theilzahlungen ihm nicht zuzumuthen seien (§ 266 BGB). Ebensowenig kann dem Gläubiger, welcher den noch nicht gedeckten Rest seiner Forderung einklagt, der Einwand entgegengesetzt werden, daß die Aufrechnung auf diesen Theil seiner Forderung erfolgt sei[18]).

---

12) S. § 357 BGB. u. oben § 175 Note 27 ff. — Aehnlich bei der Miethe § 554 Abs. 2 BGB.

13) S. o. § 192 bei Note 36. Dernburg § 127 Ziff. IV.

14) S. o. § 190 Note 32 ff.

15) Bürge und dritter Pfandbesitzer haben die Einrede des § 770 Abs. 2, 1137 BGB.

16) Erfolgt keine Aufrechnungserklärung, so ist jede Partei verpflichtet, die ihr nach Inhalt des Schuldverhältnisses obliegenden (möglicherweise nach verschiedenem Zinsfuß bemessenen) Zinsen zu zahlen; sie geräth nach Inhalt ihrer Verpflichtung in Verzug 2c.

17) Also vom Moment der Aufrechenbarkeit (Ziff. I) an.

18) Zweifelhafter ist, wie es zu halten sei, wenn (ohne vorherige Aufrechnung) nur ein Theil der einen Forderung eingeklagt wird, der Gegner alsdann gerichtlich (s. u. § 194) die Aufrechnung vorschützt und der Kläger entgegnet, daß er die Gegenforderung auf den nicht eingeklagten Theil seiner Forderung verrechnen wolle. S. dazu Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 243, aber auch Dernburg § 124 Note 9.

§ 194.

4. Prozessualische und konkursmäßige Aufrechnung.

I. Die Aufrechnungserklärung nach § 388 BGB. ist eine außergerichtliche Erklärung. Um aufzurechnen, bedarf es nicht der Einleitung eines Prozesses. Gleichwohl geschieht die Aufrechnung häufig im Prozesse[1]), indem der Beklagte[2]), sei es zu seiner Vertheidigung[3]) oder in Gestalt eines Gegenangriffs (Widerklage), Gegenforderungen vorschützt. Letzteres ist an sich noch keine Aufrechnung[4]); meist aber verbindet sich damit eine Aufrechnung[5]).

Die prozessualische Aufrechnung hat mancherlei Eigenheiten.

1. Auch diese Aufrechnung ist Rechtsgeschäft[6]). Sie geschieht durch Aufrechnungserklärung im obigen Sinne: nur steckt die Erklärung hier in einer Prozeßhandlung. Z. B. die Aufrechnung wird in der mündlichen Verhandlung erklärt oder in einem vorbereitenden Schriftsatz[7]). Damit verbindet sich der Zweck, die Frage nach der Existenz der Gegenforderung der richterlichen Entscheidung zu unterbreiten — geradeso wie dies hinsichtlich der durch die Klage geltend gemachten Hauptforderung der Fall ist. Der Aufrechnungseffekt soll also hier durch das richterliche Urtheil aus-

---

1) S. außer den oben § 191 Citirten noch O. Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation (1897) und im Archiv f. civ. Praxis Bd. 85 S. 161; Petersen, Die Aufrechnung im Prozeß in den Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 64 S. 253; Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 1, 16 ff., 29 ff.

2) Bevor Jemand verklagt wird, hat er oft keine Veranlassung, seine eventuellen Gegenforderungen hervorzusuchen: er läßt Alles auf sich beruhen. Umgekehrt, wer verklagt wird, sucht häufig, um die Zahlungspflicht von sich abzuwehren, Gegenforderungen hervor, die er nunmehr zur Aufrechnung vorschützt.

3) Rechtsverneinende Einwendung (s. o. Bd. I § 126 zu Note 7).

4) Z. B. der Fall kann so liegen, daß jede Partei einfach nach dem Klageantrag des Gegners zu verurtheilen ist.

5) Sodaß also im Fall der Widerklage nur der höhere Schuldner auf den nach Aufzehrung der beiden Forderungen verbleibenden Rest zu verurtheilen ist, während bei blos vertheidigungsweiser Vorschützung nur wenn die Klagforderung höher ist, der Beklagte auf den nach der Aufrechnung verbleibenden Rest zu verurtheilen ist, — nicht, wenn die Gegenforderung höher ist, entsprechend auch der Kläger. Denn wegen der Gegenforderung ist hier nicht geklagt, und ultra petita non cognoscitur. Hier ist also einfach die Klage abzuweisen, — wegen des Mehrbetrags der Gegenforderung ergeht kein rechtskräftiges Urtheil. S. § 322 Abs. 2 CPO. u. oben Bd. I § 130 zu Note 25 ff.

6) S. o. § 191 zu Note 15.

7) S. §§ 129 ff. CPO. Möglich ist auch, daß die Aufrechnungserklärung zwar während des Prozesses, aber unabhängig von ihm erfolgt. Dann kann im Prozeß darauf Bezug genommen werden, nicht anders als wenn die Aufrechnung (in Gemäßheit der §§ 191—193 oben) vor dem Prozesse geschah.

gesprochen werden, welches über die Begründetheit von Haupt- und Gegenforderung entscheidet.

Dies ist nicht so zu denken, als ob der Richter kompensirte; und noch viel weniger so, als ob der Aufrechnungseffekt, wenn er eintritt, erst von der Zeit des richterlichen Urtheils ab einträte. Sondern es bleibt dabei, daß die, wenn auch in prozessualischem Gewande vorgenommene Aufrechnungserklärung den Tilgungseffekt der beiderseitigen Forderungen von dem Augenblick herbeiführt, da beide Forderungen sich, als zur Aufrechnung geeignet, gegenübergetreten sind[8]). Das richterliche Urtheil ist also hier, wie regelmäßig, nur deklarativ. Es konstatirt, daß eine Haupt- und Gegenforderung von näher bezeichnetem Betrage da war, welche durch Aufrechnung (bis zum Betrag der minderen von ihnen) getilgt sind[9]).

Die prozessualische Aufrechnung hat also von der civilistischen keinen verschiedenen Inhalt. Die Aufrechenbarkeit beurtheilt sich hier wie dort nach gleichen Grundsätzen. Wäre die Aufrechnung civilistisch unwirksam, so ist sie es auch im Prozesse[10]). Nur die Aufrechnungserklärung ist hier eine Prozeßhandlung, und es genügt, daß sie als solche gültig ist. Z. B. zur wirksamen Abgabe der Erklärung genügt das Vorhandensein der Prozeßvollmacht[11]). Anderseits kann die Erklärung, wenn sie als Prozeßhandlung unwirksam ist[12]), die Aufrechnung nicht herbeiführen, wenn sie auch den Erfordernissen der außergerichtlichen Aufrechnungserklärung entspricht[13]). Ebenso wenn die Erklärung in prozessualisch zulässiger Weise zurückgenommen wird[14]). Damit hat es folgende Bewandtniß.

---

8) S. o. § 193.

9) Der Urtheilstenor zieht daraus die entsprechenden Konsequenzen: auf Abweisung der Klage resp. bloße Zusprechung des Restes der Klagforderung (s. o. Note 5).

10) Der Richter wird den Kompensationseffekt in solchem Falle nicht als eingetreten erklären können.

11) Vgl. § 81 CPO. Dies ist bestritten, folgt aber zur Evidenz aus §§ 209 Ziff. 3, 215 BGB., wonach dieselbe Prozeßhandlung auch civilistisch die Verjährung unterbricht. Vgl. Wach, Ztschr. f. d. Civilprozeß Bd. 27 S. 3; Fitting, Liegt in der Prozeßvollmacht die Ermächtigung zur Abgabe und zum Empfang einer Aufrechnungserklärung? (in den Hallenser Festgaben f. Dernburg 1900), und neuestens Kohler a. a. O. Bd. 29 S. 1 ff.

12) Z. B. die in dem vorbereitenden Schriftenwechsel abgegebene Aufrechnungserklärung wird in der mündlichen Verhandlung nicht wiederholt.

13) A. M. Dernburg § 124 zu Note 7 u. § 125 II.

14) So jedenfalls, wenn die Aufrechnung nur zur Vertheidigung vorgeschützt wird. S. u. Ziff. 2. Kohler a. a. O. S. 16 ff. will auch die im Wege der Klage erklärte Aufrechnung unwirksam werden lassen, wenn die Klage in zulässiger Weise zurückgenommen wird. Dies ist bedenklich, soweit die Rücknahme der zugestellten Klage gegen den Willen des Beklagten statthaft ist.

2. Die Aufrechnung kann prozessualisch in dem Sinne erklärt werden, daß damit nur die Abweisung der erhobenen Klage bezweckt wird: sodaß also, wenn die Klage zurückgenommen oder aus anderem Grunde[15]) abgewiesen wird, die Aufrechnung gar nicht zur Wirkung kommen soll. Die Aufrechnung wird hier nur eventuell vorgebracht, — gewissermaßen als letztes Vertheidigungsmittel, wenn das übrige Vorbringen des Beklagten nicht zum Ziele führen sollte. Kann der Beklagte sich nicht auf andere Art von seiner Leistungspflicht befreien, so will er sich mittelst Aufopferung der Gegenforderung befreien (Eventualaufrechnung). Dies ist zulässig, wie zahlreiche Prozeßhandlungen in einem Eventualverhältniß stehen[16]); und es liegt in der Natur des Aufrechnungsvorbringens, daß es an letzter Stelle kommt und gewollt ist. § 388 i. f. BGB. setzt dem kein Hinderniß entgegen: die eventuelle Prozeßhandlung steht der civilistisch bedingten Erklärung nicht gleich[17]).

3. Die zur prozessualischen Aufrechnung verstellte Forderung ist oft weit hergeholt. Es kann aber auch sein, daß die Hauptforderung bestritten ist, während die Gegenforderung feststeht. Schließlich können alle beide ungewiß und bestritten sein. Der Aufrechnungsbefugniß thut dies keinen Eintrag. Es wird nicht mehr, wie vielfach im älteren Recht[18]), Liquidität (sofortige Beweisbarkeit) der zur Aufrechnung gestellten Forderungen verlangt. Der Gefahr, daß der eine Theil unter dem Zeitverlust, den die Feststellung der gegenüberstehenden Forderung verursacht, unnöthig leide, wird heutzutage prozessualisch durch andere Mittel begegnet.

a) Wenn die Hauptforderung bestritten ist, die Gegenforderung klar steht, darf nicht der Richter die Sache formalistisch abthun, indem er sagt, die Klage sei jedenfalls abzuweisen: entweder weil die Hauptforderung nicht zu Recht bestehe, oder weil, falls sie zu Recht be-

15) Z. B. wegen prozeßhindernder Einreden, — mangels Beweises der zum Klagegrund gehörigen Thatsachen (oben § 127) u. dgl.

16) Dies ist hier nicht auszuführen. Eine ganze Prozeßtheorie (die sog. Eventualmaxime) beruhte auf dieser Erscheinung. Heutzutage ist ein eventuelles Vorbringen mehrerer selbständiger Vertheidigungsmittel nicht vorgeschrieben, aber keineswegs ausgeschlossen.

17) S. dazu Motive Bd. II S. 108; Weismann S. 20; Kohler a. a. O. S. 29 u. Cit.; Kipp zu Windscheid, Pand. § 349 S. 448. Z. B. der eingeklagten Rückzahlung eines Darlehens setzt der Beklagte in erster Linie den Nichtempfang der Valuta entgegen (leugnet also die Hauptforderung), — eventuell will er kompensiren. Er kompensirt hier nicht bedingt, sondern nur, sofern festgestellt ist, daß die Aufrechnungsvoraussetzungen vorliegen, d. i. hier das Bestehen der Gegenforderung. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 408.

18) Vgl. l. 14 § 1 Cod. de comp. 4, 31; Code Nap. Art. 1291.

stehe, Aufrechnung eintrete. Sondern der Beklagte kann materielle Entscheidung verlangen, ob die Hauptforderung besteht[19]) und es demnach zur Aufrechnung kommt, oder diese sich erübrigt.

b) Wenn die Hauptforderung klargestellt ist (oder der Klarstellung nahe steht), während die Feststellung der Gegenforderung noch von Weiterungen abhängt, so darf zwar dem Beklagten wegen der Illiquidität das Recht der Aufrechnung nicht verkümmert werden, aber der Kläger kann verlangen, daß durch Verhandlung über die Gegenforderung die Verwirklichung seines davon unabhängigen Rechts nicht leide. Demgemäß wird unterschieden:

α. Stehen Forderung und Gegenforderung in rechtlichem Zusammenhang, d. h. sind sie nicht unabhängig voneinander[20]), so kann sich der Kläger nicht beklagen, wenn durch Erörterung der Gegenforderung die gerichtliche Verwirklichung seines Anspruchs hinausgeschoben wird. Den konnexen Anspruch soll er prinzipiell nicht vor dem Gegenanspruch zur Vollstreckung bringen können[21]).

β. Sind Forderung und Gegenforderung dagegen nicht konnex, so entfallen solche Rücksichten. Im Gegentheil, es ist nur gerecht, wenn das Vorschützen der illiquiden Gegenforderung die zwangsweise Realisation des klägerischen Rechts nicht in Mitleidenschaft zieht. Demgemäß ist hier dem Gericht (nach freiem Ermessen) die Befugniß gegeben, zunächst über die Klagforderung zu entscheiden[22]) und die Entscheidung über die Gegenforderung vorzubehalten (zu getrennter Verhandlung zu verweisen). § 145 Abs. 2 u. 3, § 302 CPO.[23]). Das

19) Er braucht nicht zu dulden, daß sein eventueller Einwand vor gelungener Feststellung der Hauptforderung herangezogen werde. Mit der im Text erwähnten, rein formalistischen Entscheidung wäre seinen Interessen in keiner Weise gedient (er weiß gar nicht, woran er ist). So — gegen Stölzel, Schulung f. d. civ. Praxis Bd. 2 u. Ztschr. f. d. Civilprozeß Bd. 24 S. 50 u. 415 und Kipp zu Windscheid II S. 444 ff. — die meisten Autoren, z. B. Eccius in den Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 42 S. 15, 233; Förtsch, das. S. 225 ff.; Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 144 ff.; Oertmann, Arch. f. bürg. Recht Bd. 15 S. 453; Dernburg § 124 Note 8; Enneccerus § 215 i. f. u. Entsch. d. RG. in den Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 41 S. 947.

20) S. über Konnexität schon oben Bd. I § 124 Ziff. 1c.

21) Hier wird vielmehr eine Art Zug- um Zugleistung erstrebt, wie sie dem Wesen des Gesammtverhältnisses entspricht.

22) Der Kläger kann dann auf Grund des Urtheils seine Forderung unabhängig von der Gegenforderung zur Vollstreckung bringen.

23) Es handelt sich um rein prozessuale Maßnahmen, die auch bei Geltendmachung der Gegenforderung durch Widerklage anwendbar sind. Je nachdem die Verhandlung über die Hauptforderung noch nicht oder bereits abgeschlossen (die Hauptforderung zur Entscheidung reif) ist, kommt § 145 oder § 302 CPO. zur Anwendung. — Im Fall der blos vertheidigungsweisen Einwendung der Gegenforderung war streitig, ob die ad separatum verwiesene Gegenforderung an-

Urtheil steht in Ansehung der Rechtsmittel sowie der Zwangsvollstreckung einem gewöhnlichen Endurtheil gleich, unterliegt aber auf Grund des Vorbehalts nachträglich der Korrektur, falls sich die Gegenforderung im Nachverfahren als begründet herausstellt. In diesem Falle zeigt sich, daß nach Aufrechnungsgrundsätzen die Hauptforderung bis zum Belauf der Gegenforderung schon in dem Augenblicke erloschen war, da beide Forderungen sich als zur Aufrechnung geeignet gegenübergetreten sind[24]). Demgemäß ist das frühere Urtheil aufzuheben und anderweitig zu erkennen. Die getroffenen Zwangsvollstreckungsmaßregeln sind rückgängig zu machen; ja der Kläger ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Beklagten durch dieselben entstanden ist[25]). Der Schadensersatzanspruch kann sogar im anhängigen Nachverfahren selbst geltend gemacht werden[26]). So werden in diesem Fall die eingetretenen Aufrechnungswirkungen gesichert. § 302 Abs. 4 CPO.

II. Von anderen Gesichtspunkten wird die konkursmäßige Aufrechnung beherrscht[27]). Sie ist ihrem Wesen nach keine gerichtliche, sondern eine außergerichtliche; nur daß die Rechte des Gemeinschuldners von dem Konkursverwalter im gemeinsamen Interesse aller Betheiligten ausgeübt werden. Vgl. § 6 KO. Demgemäß kommen die allgemeinen Grundsätze über die Aufrechnung[28]) gegenüber dem Konkursverwalter zur Anwendung[29]). Wer gegen den Gemeinschuldner aufrechnen kann, hat die Befriedigung für seine

---

hängig bleibe, nachdem der Prozeß über die Hauptforderung erledigt ist. Dies wird jetzt durch § 302 Abs. 4 (vgl. § 145 i. f.) CPO., konform der Plenarentscheidung d. RG. Bd. 31 S. 1, bejaht.

24) S. o. § 193 Ziff. 1.

25) Ohne Rücksicht auf Verschulden des Klägers. Wer also bei nicht konnexen Forderungen die Abtrennung des Verfahrens über die Gegenforderung zur einseitigen Realisirung seiner Forderung benutzt, thut dies auf seine Gefahr für den Fall, daß sich die Gegenforderung nachträglich als begründet herausstellt. S. u. §§ 331 Ziff. 3, 339 u. Cit.

26) Es braucht keine besondere Schadensersatzklage angestellt zu werden. Die gesammte Restitution findet in einem Akte statt. Der Ersatzanspruch erscheint formell als Erhebung einer Widerklage, ist aber von den sonstigen Voraussetzungen derselben unabhängig.

27) S. über den Konkurs schon oben § 188. Vgl. im Uebrigen v. Schrutka-Rechtenstamm, Die Kompensation im Konkurse (1881); Kohler, Konkursrecht § 29; Oetker, Konk. Grundbegriffe Bd. 1 S. 231, 458; L. Seuffert, Konkursprozeßrecht § 38.

28) Oben §§ 191—193.

29) Zur gerichtlichen Aufrechnung (Ziff. I) kommt es nur in dem Falle, daß die Aufrechnung in Aktiv- oder Passivprozessen der Masse geltend gemacht wird. Für diese gerichtliche Aufrechnung gelten, weil sie im Konkurse erfolgt, dann auch die besonderen Vorschriften der konkursmäßigen Aufrechnung.

Forderung an den Gemeinschuldner bis zur Höhe der Gegenforderung schon „in sich selbst" und braucht sich daher insoweit an dem Konkurse gar nicht zu betheiligen[30]). § 53 KO. gestattet ihm die Aufrechnung, soweit sie auch abgesehen von dem Konkursverfahren zulässig wäre. Besonderheiten sind nur folgende.

1. Zur Aufrechnung gehört die Aufrechnungserklärung. Diese Erklärung kann der Gläubiger noch innerhalb des Konkursverfahrens abgeben. § 53. Also nur die Aufrechenbarkeit, nicht die vollendete Aufrechnung braucht vor der Konkurseröffnung zu liegen[31]).

2. Durch die Konkurseröffnung tritt eine Beschlagnahme des Vermögens des Gemeinschuldners, also auch der ihm zustehenden Forderungen ein. Die konkursmäßige Aufrechnung würde also nach § 392 BGB. ausgeschlossen sein[32]), wenn der Konkursgläubiger seine Forderung erst nach der Konkurseröffnung erworben, oder wenn seine Forderung erst nach diesem Zeitpunkt und später als die Forderung des Gemeinschuldners fällig geworden wäre. § 55 KO. enthält nur eine Anpassung und Ergänzung dieses Grundsatzes für den Konkurs. Daher ist die Aufrechnung ausgeschlossen

a) wenn der Schuldner einer zur Aktivmasse gehörigen Forderung nach der Konkurseröffnung eine Forderung gegen den Gemeinschuldner erwirbt: mag auch die Forderung schon früher (zu Gunsten eines anderen Gläubigers) bestanden haben[33]). § 55 Ziff. 2. Denn auch im letzteren Fall war sie zur Zeit der Konkurseröffnung nicht aufrechenbar. Somit steht der Aufrechnung von nun an der konkursmäßige Beschlag der Gläubigerschaft entgegen[34]).

b) Verschlossen ist die Aufrechnung selbstredend auch dem Schuldner einer erst nach der Konkurseröffnung für die Masse[35]) entstandenen

---

30) D. h. er ist nicht auf die Konkursdividende beschränkt. In der Aufrechnungsbefugniß liegt für den betreffenden Gläubiger ein natürliches Recht der abgesonderten Befriedigung. Uebrigens braucht es sich gar nicht um eine Konkursforderung zu handeln (vgl. § 63 KO.).

31) Dies entspricht den Grundsätzen § 192 bei Note 36 u. § 193. — Ueber den Zeitpunkt der Abgabe der Aufrechnungserklärung im Konkurse (nach Aufforderung des Konkursverwalters zur Tilgung der Gegenforderung) ist hier nicht zu reden.

32) S. o. § 192 Ziff. 5.

33) Gesammt- oder Sonderrechtsnachfolge steht gleich. Ebenso ob dem Erwerber die Konkurseröffnung bekannt war.

34) Uebrigens bleibt es bei der Relativität des Verbots. Wird der Konkurs aufgehoben (erlischt also der Beschlag der Gläubigerschaft), so wird die erklärte Aufrechnung vollwirksam.

35) Die Gläubigerschaft. — Z. B. aus Rechtsgeschäften des Konkursverwalters ꝛc.

I. Der Erlaß als Aufhebungsgrund von Schuldverhältnissen gehört unter den weiteren Begriff des Verzichts auf Rechte überhaupt. Er enthält also eine Verfügung des Gläubigers über das Forderungsrecht[2]), setzt daher Verfügungsfähigkeit[3]) voraus.

Der Erlaß bedarf, um schuldtilgend zu wirken, der Annahme des Schuldners. § 397 Abs. 1 BGB. Erlaß ist also die vertragsmäßige Aufhebung von Forderungsrechten durch die vom Schuldner angenommene Entsagungserklärung des Gläubigers[4]). Die beiderseitigen Erklärungen können formlos, in jeder zulässigen Art und Weise[5]) abgegeben werden, — also auch durch ein schlüssiges Verhalten der Parteien, z. B. Rückgabe des Schuldscheins, Ertheilung einer Quittung, wenn keine Zahlung erfolgt war u. dgl.[6]).

1. Der Erlaß steht unter den allgemeinen Grundsätzen der Verträge[7]) und duldet auch Nebenbestimmungen (Bedingung, Zeitbestimmung) ꝛc.[8]). Von Seiten des Gläubigers enthält er eine Zuwendung an den Schuldner[9]), deren Gründe so verschieden sein können, wie die Gründe der Zuwendungen überhaupt. Der Erlaß kann also entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen. In letzterem Falle schließt er eine Schenkung in sich und unterliegt den Bestimmungen, aus denen Schenkungen im Allgemeinen zurückgefordert oder gemindert werden können[10]). Dagegen bedarf der Erlaß auch in diesem Falle zu seiner Gültigkeit nicht der Schenkungsform[11]). Arg. § 397 BGB.

---

§ 130; Endemann I § 149; Cosack § 113; Mathiaß I § 97; Enneccerus I § 217.

1) S. o. § 181 gegen Ende.

2) S. o. Bd. I § 74 zu Note 19.

3) S. das. § 84.

4) Ueber (einseitige) Verzichte im Prozeß s. §§ 81, 306 CPO. Dieselben haben, wenn nur an sich gültig vorgenommen, gegebenenfalls auch die civilrechtliche Erlaßwirkung. S. Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 1, 34 ff.

5) S. o. Bd. I §§ 86, 88 ff. Die Formlosigkeit gilt aber, wie gesagt, nur für den Schulderlaß, nicht z. B. für Verzicht auf dingliche Rechte ꝛc.

6) S. o. § 182 Ziff. 5. Daselbst ist schon hervorgehoben, daß die Auslegung einen sicheren Schluß auf den Verzichtswillen zulassen muß, da Verzichte im Allgemeinen nicht zu vermuthen sind. Insbesondere gilt dies für die im Text hervorgehobenen Beispiele. Andere Beispiele wären Rückgabe der Pfandsache oder Zerstörung der Schuldurkunde, vorausgesetzt daß ein Vertrag angenommen werden kann (also etwa in Gegenwart des Schuldners).

7) S. Bd. I §§ 78 ff., 89 ff. ꝛc.

8) Im Gegensatz zur röm. acceptilatio. S. o. Bd. I §§ 83 ff. Bei Unwirksamkeit (z. B. Anfechtung wegen Betrugs, Irrthums ꝛc.) tritt die schuldtilgende Wirkung (Ziff. 2) nicht ein.

9) S. Bd. I §§ 74 i. f., 75.

10) Z. B. der Schenkungsanfechtung oben § 184 Ziff. 1c, § 185 Ziff. 3; der Rückforderung wegen Undanks; wegen Verletzung des Pflichttheils ꝛc.

11) S. darüber § 230 unten.

Der Erlaß ist ein abstrakter Vertrag. Sein Inhalt beschränkt sich wesentlich auf die Einigung der Parteien über die Schuldaufhebung[12]): der Grund kann im Dunkeln bleiben und alterirt, wenn er vereitelt wird, die Gültigkeit des Erlasses nicht. Gegebenenfalls entsteht nur ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung[13]). Dagegen ist der Erlaß nicht nothwendig abstrakt[14]). Vielmehr kann der Bestimmungsgrund[15]) in den Vertrag mit aufgenommen werden; ja bei den wechselseitigen Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen kann Erlaß gegen Erlaß erfolgen, — wo dann die beiderseitigen Erlasse in einem ähnlichen Kausalverhältniß stehen, wie es hinsichtlich der ursprünglich übernommenen Verpflichtungen der Fall war[16]). Doch verliert der Erlaß alsdann seinen reinen Charakter[17]). In § 397 BGB. wird regelmäßig der Erlaß als vertragsmäßiger Verzicht auf ein einzelnes Forderungsrecht verstanden.

2. Der Erlaß geht auf vollständige Schuldbefreiung, und er bewirkt diese Schuldbefreiung unmittelbar[18]). Er begründet nicht blos eine Verpflichtung des Gläubigers, die Forderung nicht geltend zu machen. Allerdings ist auch eine solche Vereinbarung zulässig (sie begründet eine Einrede wider die Forderung), aber Erlaß ist dies nicht[19]). Natürlich kann eine Forderung auch theilweise erlassen werden. Doch ist zuzusehen, ob der Vertrag nicht in Wahrheit ein anderer ist, z. B.

---

12) Wegen der rechtlichen Gunst, welche die Liberation des Schuldners für sich hat.

13) Gegen den Schuldner nach den allgemeinen dafür geltenden Grundsätzen. S. u. § 317 ff. Man pflegt zu sagen: der Erlaß kann kondizirt werden. S. auch Bd. I § 75 zu Note 9 ff. — Der Unterschied gegenüber Note 8 i. f. ist zu beachten.

14) S. o. Bd. I § 75 zu Note 11.

15) Z. B. über das für den Erlaß geleistete Entgelt des Schuldners.

16) Ist ein einseitiger Schuldvertrag (z. B. Schenkung, Bürgschaft) durch contrarius consensus aufgehoben, so liegt einfacher Erlaß vor.

17) Ist doch auch die Schuldumwandlung (s. o. § 188) schließlich in diesem Sinne nur ein Erlaß des alten Schuldverhältnisses gegen Begründung eines neuen u. dgl. — Bei der Aufhebung eines gegenseitigen Vertrages durch contrarius consensus (s. vor. Note) kann beabsichtigt sein, auch die schon gemachten Leistungen zurückzufordern, was beim einfachen Erlasse nie in Frage steht. Auch hinsichtlich der Form zeigt sich der Unterschied (z. B. wenn das Zurückzugebende ein Grundstück ist, bedarf die Aufhebung der Form des § 313 BGB.).

18) § 397 BGB. sagt unzweideutig, daß durch den Erlaßvertrag „das Schuldverhältniß erlischt".

19) S. über die exceptio pacti de non petendo oben Bd. I § 36 vor Note 12. Vorkommen wird ein solches pactum de non petendo heutzutage praktisch wohl nur, wenn der Inhalt der Abrede auch in sonstiger Beziehung beschränkt ist: z. B. eine gewisse Zeit hindurch nicht fordern zu wollen (Stundung). S. darüber auch oben § 156 Ziff. V.

I. Der Erlaß als Aufhebungsgrund von Schuldverhältnissen gehört unter den weiteren Begriff des Verzichts auf Rechte überhaupt. Er enthält also eine Verfügung des Gläubigers über das Forderungsrecht[2]), setzt daher Verfügungsfähigkeit[3]) voraus.

Der Erlaß bedarf, um schuldtilgend zu wirken, der Annahme des Schuldners. § 397 Abs. 1 BGB. Erlaß ist also die vertragsmäßige Aufhebung von Forderungsrechten durch die vom Schuldner angenommene Entsagungserklärung des Gläubigers[4]). Die beiderseitigen Erklärungen können formlos, in jeder zulässigen Art und Weise[5]) abgegeben werden, — also auch durch ein schlüssiges Verhalten der Parteien, z. B. Rückgabe des Schuldscheins, Ertheilung einer Quittung, wenn keine Zahlung erfolgt war u. dgl.[6]).

1. Der Erlaß steht unter den allgemeinen Grundsätzen der Verträge[7]) und duldet auch Nebenbestimmungen (Bedingung, Zeitbestimmung) ꝛc.[8]). Von Seiten des Gläubigers enthält er eine Zuwendung an den Schuldner[9]), deren Gründe so verschieden sein können, wie die Gründe der Zuwendungen überhaupt. Der Erlaß kann also entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen. In letzterem Falle schließt er eine Schenkung in sich und unterliegt den Bestimmungen, aus denen Schenkungen im Allgemeinen zurückgefordert oder gemindert werden können[10]). Dagegen bedarf der Erlaß auch in diesem Falle zu seiner Gültigkeit nicht der Schenkungsform[11]). Arg. § 397 BGB.

---

§ 130; Endemann I § 149; Cosack § 113; Mathiaß I § 97; Enneccerus I § 217.

1) S. o. § 181 gegen Ende.

2) S. o. Bd. I § 74 zu Note 19.

3) S. das. § 84.

4) Ueber (einseitige) Verzichte im Prozeß s. §§ 81, 306 CPO. Dieselben haben, wenn nur an sich gültig vorgenommen, gegebenenfalls auch die civilrechtliche Erlaßwirkung. S. Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 1, 34 ff.

5) S. o. Bd. I §§ 86, 88 ff. Die Formlosigkeit gilt aber, wie gesagt, nur für den Schulderlaß, nicht z. B. für Verzicht auf dingliche Rechte ꝛc.

6) S. o. § 182 Ziff. 5. Daselbst ist schon hervorgehoben, daß die Auslegung einen sicheren Schluß auf den Verzichtswillen zulassen muß, da Verzichte im Allgemeinen nicht zu vermuthen sind. Insbesondere gilt dies für die im Text hervorgehobenen Beispiele. Andere Beispiele wären Rückgabe der Pfandsache oder Zerstörung der Schuldurkunde, vorausgesetzt daß ein Vertrag angenommen werden kann (also etwa in Gegenwart des Schuldners).

7) S. Bd. I §§ 73 ff., 89 ff. ꝛc.

8) Im Gegensatz zur röm. acceptilatio. S. o. Bd. I §§ 83 ff. Bei Unwirksamkeit (z. B. Anfechtung wegen Betrugs, Irrthums ꝛc.) tritt die schuldtilgende Wirkung (Ziff. 2) nicht ein.

9) S. Bd. I §§ 74 i. f., 75.

10) Z. B. der Schenkungsanfechtung oben § 184 Ziff. 1c, § 185 Ziff. 3; der Rückforderung wegen Undanks; wegen Verletzung des Pflichttheils ꝛc.

11) S. darüber § 230 unten.

Der Erlaß ist ein abstrakter Vertrag. Sein Inhalt beschränkt sich wesentlich auf die Einigung der Parteien über die Schuldaufhebung[12]): der Grund kann im Dunkeln bleiben und alterirt, wenn er vereitelt wird, die Gültigkeit des Erlasses nicht. Gegebenenfalls entsteht nur ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung[13]). Dagegen ist der Erlaß nicht nothwendig abstrakt[14]). Vielmehr kann der Bestimmungsgrund[15]) in den Vertrag mit aufgenommen werden; ja bei den wechselseitigen Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen kann Erlaß gegen Erlaß erfolgen, — wo dann die beiderseitigen Erlasse in einem ähnlichen Kausalverhältniß stehen, wie es hinsichtlich der ursprünglich übernommenen Verpflichtungen der Fall war[16]). Doch verliert der Erlaß alsdann seinen reinen Charakter[17]). In § 397 BGB. wird regelmäßig der Erlaß als vertragsmäßiger Verzicht auf ein einzelnes Forderungsrecht verstanden.

2. Der Erlaß geht auf vollständige Schuldbefreiung, und er bewirkt diese Schuldbefreiung unmittelbar[18]). Er begründet nicht blos eine Verpflichtung des Gläubigers, die Forderung nicht geltend zu machen. Allerdings ist auch eine solche Vereinbarung zulässig (sie begründet eine Einrede wider die Forderung), aber Erlaß ist dies nicht[19]). Natürlich kann eine Forderung auch theilweise erlassen werden. Doch ist zuzusehen, ob der Vertrag nicht in Wahrheit ein anderer ist, z. B.

---

12) Wegen der rechtlichen Gunst, welche die Liberation des Schuldners für sich hat.

13) Gegen den Schuldner nach den allgemeinen dafür geltenden Grundsätzen. S. u. § 317 ff. Man pflegt zu sagen: der Erlaß kann kondizirt werden. S. auch Bd. I § 75 zu Note 9 ff. — Der Unterschied gegenüber Note 8 i. f. ist zu beachten.

14) S. o. Bd. I § 75 zu Note 11.

15) Z. B. über das für den Erlaß geleistete Entgelt des Schuldners.

16) Ist ein einseitiger Schuldvertrag (z. B. Schenkung, Bürgschaft) durch contrarius consensus aufgehoben, so liegt einfacher Erlaß vor.

17) Ist doch auch die Schuldumwandlung (s. o. § 188) schließlich in diesem Sinne nur ein Erlaß des alten Schuldverhältnisses gegen Begründung eines neuen u. dgl. — Bei der Aufhebung eines gegenseitigen Vertrages durch contrarius consensus (s. vor. Note) kann beabsichtigt sein, auch die schon gemachten Leistungen zurückzufordern, was beim einfachen Erlasse nie in Frage steht. Auch hinsichtlich der Form zeigt sich der Unterschied (z. B. wenn das Zurückzugebende ein Grundstück ist, bedarf die Aufhebung der Form des § 313 BGB.).

18) § 397 BGB. sagt unzweideutig, daß durch den Erlaßvertrag „das Schuldverhältniß erlischt".

19) S. über die exceptio pacti de non petendo oben Bd. I § 36 vor Note 12. Vorkommen wird ein solches pactum de non petendo heutzutage praktisch wohl nur, wenn der Inhalt der Abrede auch in sonstiger Beziehung beschränkt ist: z. B. eine gewisse Zeit hindurch nicht fordern zu wollen (Stundung). S. darüber auch oben § 156 Ziff. V.

eine kontraktliche Aenderung des bestehenden Schuldverhältnisses[20]) oder einen Vergleich[21]) enthält.

Sind mehrere Personen berechtigt oder verpflichtet, so kann der Erlaß von Allen oder nur von Einem oder Einigen ausgehen, und sich auf alle oder nur auf einen oder einige Schuldner beziehen. Man spricht hier von einem Erlaß in rem und in personam[22]). Wer mit uns davon ausgeht, daß, so oft eine Person einer anderen etwas schuldig ist, ein Schuldverhältniß vorliegt[23]), muß diese Bezeichnung aufgeben resp. kann sie nur als uneigentliche (auf das Gesammtverhältniß bezügliche) gelten lassen[24]). Im Sinne des § 397 BGB. umfaßt jeder Erlaß das ganze Schuldverhältniß.

II. Dem Erlaß wird in § 397 Abs. 2 BGB. die vertragliche Anerkennung des Nichtbestehens einer Schuld gleichgestellt. Mit gutem Grunde, da im Leben die Aeußerungen, daß man erlasse oder das Nichtbestehen der Schuld anerkenne, vollkommen durcheinanderfließen. Folglich muß auch die Rechtsordnung beide Formen gleichstellen.

Bei der in Rede stehenden Anerkennung handelt es sich um einen sog. negativen Anerkennungsvertrag[25]), der keineswegs wie das in § 781 BGB. besprochene positive Schuldanerkenntniß der Schriftform bedarf[26]). Sobald also diese Anerkennung über ein bestehendes Schuldverhältniß[27]) vertragsmäßig gegeben und genommen ist[28]), hat sie die schuldtilgende Wirkung[29]), falls nicht ein anderer Vertragswille erhellt[30]).

---

20) Z. B. Erlaß der Haftung für Gewährleistung beim Kauf vor Eintritt der Gewährleistungspflicht, Aufhebung eines Vertrags unter Bedingungen ꝛc.

21) Ueber den im Konkurs unter dem Namen Zwangsvergleich vorkommenden theilweisen Erlaß s. u. Ziff. III.

22) S. z. B. §§ 423, 429 Abs. 3 BGB. Von mehreren Mitbürgen kann dem einen oder allen die Bürgschaft erlassen werden u. s. w.

23) S. o. § 139.

24) Dieses soll wie durch vollständige Erfüllung erledigt sein, oder es soll nur eine einzelne Person daraus ausscheiden.

25) S. u. § 305 bes. Ziff. 2.

26) Wegen der Gleichstellung mit dem Erlasse. S. dazu oben Note 12.

27) Die Anerkennung muß unwahr, mit dem Willen dadurch zu disponiren, erfolgt sein. S. o. § 182 Note 74. Bestand wirklich kein Schuldverhältniß, so ist es durch die Anerkennung nicht aufgegeben.

28) Der einfache Konsens genügt selbst im Schenkungsfalle. S. o. bei Note 11.

29) Ueber die Anerkennung von Einwendungen gegen die Forderung s. u. § 305 Note 21.

30) Ueber diese Fälle s. o. § 182 zu Note 71 ff. Die Quittungsertheilung ist Hauptbeispiel dieser Anerkennung. — Aber gerade in ihr liegt ein solcher Vertrag nicht immer, da die Absicht zu disponiren oder überhaupt einen Vertrag zu schließen, nicht selten dabei fehlt. S. das. bei Note 63—70.

Sie ist eine Verfügung über das Schuldverhältniß[31]). Und zwar regelmäßig eine abstrakte Verfügung, wie der Erlaß. Das Anerkenntniß ist deshalb nicht unwirksam, weil das Nichtbestehen des Schuldverhältnisses irrthümlich angenommen wurde. Vielmehr hat dies, wie beim Erlaß, nur einen Bereicherungsanspruch wider den Schuldner zur Folge[32]).

Im Uebrigen richten sich die Wirkungen nach dem Inhalt des Anerkenntnisses[33]).

III. Zwangsweise kann ein Erlaß zu Stande kommen im Konkurse über das Vermögen des Schuldners: der sog. Zwangsvergleich[34]). §§ 173 ff. KO.[35]). Die Mehrheit der Konkursgläubiger kann die Minderheit zu theilweisem Erlaß ihrer Forderungen nöthigen und damit den Konkurs beendigen. Hauptzweck des Beschlusses ist, den Schuldner endgültig von seinen bisherigen Verpflichtungen zu befreien, damit er ein neues wirthschaftliches Leben beginnen kann[36]). Dient der Zwangsvergleich so den Interessen des Schuldners, so dient er anderseits auch den Interessen der Konkursgläubiger[37]). Denn um die Ermäßigung zu erreichen, zahlt der Schuldner nicht selten augenblicklich mehr als die Konkursmasse beträgt[38]), und findet dazu Kredit, wenn ihm die Mittel fehlen. Die einsichtigen Gläubiger können den Erlaß daher unter bestimmten Voraussetzungen auch gegen den Willen anderer durchsetzen. Der Zwangsvergleich erfolgt unter gerichtlicher Autorität[39]).

1. Der Zwangsvergleich setzt Würdigkeit des Gemeinschuldners voraus. Solange der Schuldner flüchtig ist, den Offenbarungseid ver-

---

31) S. o. Note 2.

32) S. o. Note 13 und § 812 Abs. 2 BGB. Das Anerkenntniß kann kondizirt werden.

33) Es gelten entsprechend die oben I Ziff. 2 vorgetragenen Grundsätze.

34) S. über den Zwangsvergleich Löhr in d. Ztschr. f. d. Civilprozeß Bd. 16 S. 335; F. Wach, Der Zwangsvergleich (ausg. Leipz. Diss. 1896); Kohler, Konkursrecht §§ 71 ff., 101 ff.; L. Seuffert, Konkursprozeßrecht §§ 53 ff. S. dort auch über die Geschichte des Instituts. Hier ist nur die materiellrechtliche Seite anzudeuten.

35) Vor Eröffnung des Konkurses (zu dessen Abwendung) kennt das heutige Recht keinen Zwangsvergleich. S. o. § 186.

36) Andernfalls tilgt die Beendigungdes Konkurses den ungedeckten Schuldenrest ja nicht. S. o. § 183 i. f. — Daß der Zwangsvergleich auch zu einer Stundung führen kann, ist schon erwähnt (oben § 156 i. f.).

37) Arg. § 188 Ziff. 2 KO.

38) Die Konkursmasse umfaßt nicht das sämmtliche Vermögen des Schuldners; es gehört ferner nicht dazu das Vermögen seiner Ehefrau ꝛc. — Die Zahlung kann nach dem Inhalt des Zwangsvergleiches auch allmählich (in Raten) geschehen.

39) Es handelt sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

weigert[40]) oder wegen betrüglichen Bankerutts verurtheilt oder in Untersuchung ist, ist der Zwangsvergleich nicht zulässig. S. § 175 KO. Auch steht ein wiederholter Vergleichsversuch[41]) unter dem diskretionären Ermessen des Konkursverwalters (Gläubigerausschusses) und des Gerichts. § 176 KO.

2. Der Zwangsvergleich kommt zwischen dem Gemeinschuldner und der Mehrheit der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger zu Stande[42]). Der Gemeinschuldner macht den Vergleichsvorschlag (§§ 173 ff. KO.); die Mehrheit der Gläubiger hat die Befugniß, den Vorschlag anzunehmen und ihn dadurch auch für die Minderheit verbindlich zu machen[43]). Die Mehrheit berechnet sich in erster Linie nach der Höhe der Forderungen: die Zustimmenden müssen mindestens Dreiviertel aller stimmberechtigten Forderungen[44]) repräsentiren[45]). Daneben ist einfache Personenmehrheit der im Vergleichstermin erschienenen stimmberechtigten Gläubiger erforderlich[46]). § 182 KO.

Der Beschluß der Mehrheit ist verbindlich für alle nichtbevorrechtigten Konkursgläubiger[47]) unter der Voraussetzung, daß er ihnen sämmtlich gleiche Rechte gewährt. Ungleichheiten setzen Zustimmung der Zurückgesetzten voraus; im Uebrigen sind alle Bevorzugungen nichtig[48]). § 181 eod.

Der Zwangsvergleich bedarf der Bestätigung des Konkursgerichts. Erst mit dieser tritt die Bindung der Betheiligten und über-

---

40) S. § 125 KO.

41) Wenn der Versuch in demselben Verfahren schon einmal von den Gläubigern abgelehnt, vom Gerichte verworfen oder von dem Gemeinschuldner (nach erfolgter öffentlicher Bekanntmachung des Vergleichstermins) zurückgezogen wurde.

42) Ueber die Konstruktion s. Kohler § 72; Seuffert § 53 Ziff. 4 und die dort Citirten. Die Mehrzahl der Schriftsteller hält unbedingt an dem Vertragsgedanken fest. Die Wirkung für die dissentirenden Gläubiger wird verschieden erklärt (Vertretung, Gesetz, organisirte Gemeinschaft aller Konkursgläubiger); diejenige für die ausbleibenden Gläubiger meist aus der Kontumaz.

43) Vorbehaltlich des unten bei Note 49 Gesagten.

44) Vgl. §§ 95 ff. KO. Auch die Forderungen solcher Gläubiger sind zu berücksichtigen, die im Vergleichstermine nicht erschienen sind.

45) Ohne Rücksicht darauf, ob die Inhaber der stimmberechtigten Forderungen im Vergleichstermin (bei Abstimmung über den Vergleichsvorschlag) erschienen sind.

46) S. noch oben § 156 Note 51 und § 183 KO. (Der Ehegatte des Gemeinschuldners und unter Umständen Cessionare desselben werden nicht berücksichtigt.)

47) Auch wenn sie ihre Forderungen nicht angemeldet haben oder unbekannt sind.

48) Doch ist von einer Bevorzugung nur dann zu reden, wenn auf der einen oder anderen Seite das subjektive Bewußtsein vorhanden ist (Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 42) und der betreffende Gläubiger effektiv mehr erhält als ihm zukommt (s. eod. Bd. 29 S. 39).

haupt die Wirksamkeit des Beschlusses ein[49]). §§ 184 ff. Die Bestätigung ist zu versagen

a) von Amtswegen im Fall der Unwürdigkeit des Gemeinschuldners (Ziff. 1), sofern sie sich nachträglich herausstellt. Ferner wegen (unheilbarer) Mängel des Verfahrens: z. B. bei der Beschlußfassung, oder weil der Vergleich nicht Allen gleiche Rechte gewährt (s. o.). Endlich, wenn die Gläubiger dadurch nicht wenigstens ein Fünftel ihrer Forderungen erhalten, sofern dies auf einem unredlichen Verhalten, — fakulativ auch wenn es auf einem leichtsinnigen Verhalten des Gemeinschuldners beruht. §§ 186, 187 KO.

b) Auf Antrag eines Gläubigers[50]) ist die Bestätigung zu versagen, wenn der Vergleich durch Begünstigung eines Gläubigers oder sonst in unlauterer Weise zu Stande gebracht ist[51]). Ferner wenn er dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger[52]) widerspricht. § 188 KO.

3. Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, mögen sie auch gegen denselben gestimmt oder an der Abstimmung[53]) nicht Theil genommen haben. Dagegen können sich Dritte (Mitschuldner, Bürgen des Gemeinschuldners und dritte Pfandbesitzer) nicht auf den Zwangsvergleich berufen. Sie haften in demselben Umfange wie früher (also auch dem Gläubiger für seinen Ausfall). § 193 KO.

Der Gemeinschuldner ist aus dem Zwangsvergleich zur Zahlung verpflichtet[54]), und zwar nach Maßgabe seiner früheren Schuld unter

---

49) Bis dahin kann z. B. der Gemeinschuldner seinen ganzen Vergleichsvorschlag zurückziehen.

50) Der selbstverständlich stimmberechtigt und ein nicht bevorrechtigter Konkursgläubiger sein muß. Hatte er sich bisher nicht betheiligt, so muß er seine Forderung (als stimmberechtigte) glaubhaft machen. Jedenfalls glaubhaft zu machen sind die Thatsachen, auf die der Antrag gegründet wird.

51) Gemeint ist jede Einwirkung auf die Gläubiger, welche mit dem Sittengesetz in Widerspruch steht, insbesondere das Auskaufen eines Gläubigers, Stimmenkauf u. dgl. — Gleichgültig ist, von wem die Begünstigung oder unlautere Einwirkung ausging.

52) Selbstverständlich der nichtbevorrechtigten. S. o. zu Note 42. — Das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen. Es wird darauf ankommen, ob, was die Gläubiger nach dem Zwangsvergleiche erhalten, nach Lage der Sache in richtigem Verhältniß zu dem steht, was sie bei Durchführung des Konkursverfahrens erhalten würden.

53) Resp. überhaupt an dem Verfahren.

54) Für die konkursmäßig festgestellten, vom Gemeinschuldner nicht bestrittenen Forderungen ist der Zwangsvergleich Vollstreckungstitel. Sonst muß bei Nichterfüllung des Vergleichs wider den Gemeinschuldner geklagt und Urtheil erwirkt werden. S. § 194 KO. Entsch. d. RG. Bd. 22 S. 155. (Der Konkurs wird aufgehoben. § 190 KO.)

Berücksichtigung des stattgefundenen Theilerlasses. Rücktritt wegen Nichterfüllung steht den Gläubigern kraft Gesetzes[55]) nicht zu. § 195 eod. Dagegen können sie den Vergleich anfechten, wenn er durch Betrug[56]) zu Stande gekommen ist, — und zwar jeder einzelne Gläubiger in Ansehung des vergleichsmäßigen Erlasses seiner Forderung[57]), sofern er den Anfechtungsgrund im Bestätigungsverfahren ohne Verschulden geltend zu machen außer Stande war. Die Anfechtung vernichtet (arg. § 123 BGB.) mit Beziehung auf seine Person den Zwangserlaß[58]), unbeschadet der dem Anfechtenden durch den Vergleich gewährten Rechte. § 196 KO. Dagegen hebt rechtskräftige Verurtheilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts von selbst und zwar für alle Gläubiger den durch den Zwangsvergleich begründeten Erlaß auf, unbeschadet der ihnen durch den Vergleich gewährten Rechte. § 197 KO.[59]).

B. Wegfall der Subjekte*.

§ 196.

Unter diesem Gesichtspunkt kommen zwei Erlöschungsgründe des Schuldverhältnisses in Betracht:

I. Das Erlöschen durch Vereinigung[1]) der Gläubiger- und Schuldnerqualität in derselben Person (confusio). Denn Niemand kann sein eigener Schuldner sein. Sich selbst eine Leistung zu machen, ist ein Unding. Daher versteht es sich von selbst[2]), daß in solchem Falle das Schuldverhältniß untergeht. Das Erlöschen durch

55) Dem Vergleiche kann die sog. kassatorische Klausel (s. o. § 174) einverleibt werden.

56) Strafrechtlichen oder civilrechtlichen (s. o. Bd. I § 95). Der Betrug (enger als die bei Note 51 erwähnte Begünstigung eines Gläubigers) muß für das Zustandekommen des Vergleichs, z. B. für die Abstimmung kausal gewesen sein. S. dazu noch Entsch. d. RG. Bd. 39 S. 23.

57) Die Anderen berührt dies nicht.

58) S. auch oben Bd. I § 80 zu Note 20 ff.

59) Auf Antrag können Sicherungsmaßregeln für den Fall der Verurtheilung (durch das Konkursgericht) angeordnet, auch beim Vorhandensein genügender Mittel das Konkursverfahren wieder aufgenommen werden. §§ 197 Abs. 2, 198 KO.

*) S. die allgemeine Uebersicht der Erlöschungsgründe oben § 181.

1) Vgl. hierzu Kuntze, Die Obligation § 51; Fitting, Korrealobligation §§ 17—21; Baron, Gesammtrechtsverhältnisse §§ 30—32; Schwebler, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung (1897); P. Kretschmar, Die Theorie der Konfusion (1899). — Dernburg § 132; Endemann I § 149 Ziff. 2; Mathiaß I § 98; Enneccerus I § 219.

2) Ohne einen besonderen Ausspruch des Gesetzes. S. auch Hellmann Archiv f. civ. Praxis Bd. 90 S. 437.

Vereinigung ist in einzelnen Anwendungsfällen ausgesprochen. Vgl. §§ 425 Abs. 2, 429 Abs. 2 BGB.[3]). Die Vereinigung tritt hauptsächlich durch Erbgang, aber auch durch Abtretung der Forderung[4]) ein.

Das Erlöschen des Schuldverhältnisses setzt aber voraus, daß die Vereinigung eine dauernde (definitive) ist. Andernfalls tritt, solange die Vereinigung besteht, nur ein Ruhen des Schuldverhältnisses ein[5]). Hieraus erklären sich §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2143, 2175, 2377 BGB.[6]). Ebenso erklären sich daraus die Fälle, in denen, wie bei Inhaberpapieren[7]) und häufig im Wechselrecht[8]), ein Erlöschen des Schuldverhältnisses durch Vereinigung nicht stattfindet, wenn das Papier vorübergehend in die Hände des Gläubigers zurückgelangt.

1. Soweit die Vereinigung den Untergang des Schuldverhältnisses bewirkt, erlöschen mit demselben auch alle davon abhängigen Nebenrechte. Also z. B. Bürgen und Pfänder sind entlastet[9]). Bestehen aber besondere Rechte an der Forderung, z. B. ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht[10]), die durch die Vereinigung aufgehoben werden würden[11]), so ist eine die Vereinigung bewirkende Verfügung über die Forderung[12]) nur unter Zustimmung des Drittberechtigten gestattet. §§ 1071, 1276 BGB.[13]).

---

3) Von diesen Fällen wird erst später an geeigneter Stelle die Rede sein.

4) S. u. §§ 197 ff.

5) Gerade mit Rücksicht darauf scheint das Gesetz sich eines prinzipiellen Ausspruchs über die schuldbefreiende Wirkung der Vereinigung enthalten zu haben. Vgl. Prot. Bd. 1 S. 376. — Solange die Voraussetzung nicht definitiv eingetreten ist, kann auch die Folge nicht eintreten. Immerhin kann in der Zwischenzeit die Forderung nicht geltend gemacht werden, d. i. eben das Ruhen.

6) Diese Bestimmungen sind also nicht, wie der Wortlaut anzudeuten scheint, durch eine Fiktion zu erklären.

7) Vgl. §§ 793 ff., 796 BGB. u. unten § 310 ff.

8) Z. B. beim Erwerb des Wechsels durch den Aussteller, Acceptanten oder früheren Indossanten. Beim Inhaberpapier und traffirt eigenen Wechsel ist sogar die Begründung eines wegen vorläufiger Vereinigung zunächst ruhenden Schuldverhältnisses gestattet. — In allen diesen Fällen ist das Forderungsrecht (gewissermaßen versachenrechtlicht) in höherem Maße Gegenstand des Verkehrs; und daher auch die zeitweilige Vereinigung der Gläubiger- und Schuldnerqualität in einer Person auf den Bestand des Schuldverhältnisses einflußlos.

9) Es gibt aber auch Pfandrechte mit selbständigen Existenzbedingungen, und diese erlöschen durch die Vereinigung nicht (da sie von dem zu Grunde liegenden Schuldverhältniß nicht abhängig sind). Vgl. z. B. §§ 1163, 1177 BGB. (Eigenthümerhypothek) ꝛc.

10) S. o. Bd. I § 32.

11) Da ihnen dadurch das Substrat entzogen wird.

12) Insbesondere die Abtretung an den Schuldner. Sie würde dem Nießbraucher ꝛc. gegenüber hier gegen Treu und Glauben verstoßen.

13) Zweifelhaft ist, ob auch eine anderweitige Vereinigung, z. B. durch Erbgang, die Rechte der genannten Personen nicht berührt. Dafür Enneccerus

2. Weil das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung nur darauf beruht, daß Niemand sein eigener Gläubiger sein kann, erstreckt es sich nicht weiter als diese Vereinigung. Z. B. beerbt der Gläubiger den Bürgen, so erlischt nur die Bürgschaft, nicht die Hauptschuld[14]). Aehnlich wenn der Gläubiger einen einzelnen Gesammtschuldner ꝛc. beerbt, erlischt nur dessen Verpflichtung[15]). Für diejenigen, welche mit uns davon ausgehen, daß so oft eine Person einer anderen etwas schuldig ist, ein Schuldverhältniß vorliegt[16]), versteht sich diese Erscheinung von selbst.

II. Der Tod des Gläubigers oder Schuldners[17]) hebt in der Regel das Schuldverhältniß nicht auf. Denn an Stelle der ursprünglichen Subjekte treten als Parteien deren Erben[18]). Ausnahmen können durch Verabredung der Parteien begründet werden (es wird nur eine für die Lebensdauer wirksame Verpflichtung geschaffen); andere Ausnahmen beruhen auf dem Gesetz: so in §§ 847, 1300 BGB. und bei gewissen familienrechtlichen Unterhaltsansprüchen[19]). Eine allgemeinere Betrachtung lassen diese Fälle nicht zu[20]).

---

§ 219 Ziff. 2. Aber gerade im Erbrecht finden sich in dieser Beziehung positive Vorschriften. S. §§ 1976, 2143, 2175 BGB.

14) Daß, wenn der Gläubiger den Hauptschuldner beerbt, auch die Bürgschaftsschuld erlischt, folgt aus dem oben Ziff. 1 Gesagten.

15) Vgl. § 425 Abs. 2 BGB. Die umgekehrte Bestimmung in § 429 Abs. 2 für den Fall der Gesammtgläubigerschaft erklärt sich daraus, daß der Schuldner diesem Gesammtgläubiger leisten und damit das ganze Gesammtschuldverhältniß zum Erlöschen bringen konnte.

16) S. o. § 139 und die Analogie in § 195 Note 28.

17) Vgl. Dernburg § 131; Mathiaß I § 99.

18) Auch hier ist nicht das gesammte Rechtsverhältniß, das häufig mit dem Tode einer Partei endet, sondern das einzelne Schuldverhältniß gemeint. S. o. § 181 Note 1. Z. B. das Amt des Vormunds, ein Auftrag oder entgeltliche Geschäftsbesorgung, eine Gesellschaft, endigen regelmäßig (oder im Zweifel) durch den Tod der geschäftsführenden Partei oder eines Gesellschafters. Aber auf die bereits begründeten einzelnen Verpflichtungen hat diese Beendigung keinen Einfluß. Sie gehen auf die Erben über.

19) Vgl. §§ 1615, 1713 BGB.

20) Nicht hierher gehören die Fälle §§ 317, 530, 532 BGB., da es sich hier nicht um Schuldverhältnisse handelt.

Fünftes Kapitel.

Uebergang von Schuldverhältnissen auf andere Subjekte.

I. Uebertragung der Forderungen (Cession)*.

§ 197.

A. Begriff, Arten und Elemente der Uebertragung.

Das neuere Recht hat keinen Anstand genommen, die Uebertragung von Schuldverhältnissen unter Lebenden durch Sondernachfolge[1]) zuzulassen[2]). Hier wird also das Forderungsrecht auf einen Anderen übertragen, nicht blos dessen Ausübung. Es wird nicht das bisherige Forderungsrecht aufgehoben und zu Gunsten des neuen Gläubigers ein anderes begründet, sondern die Identität des Schuldverhältnisses bleibt gewahrt. Dasselbe rechtliche Band — das auf die Leistung gehende Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner[3]) — wird von der Person des bisherigen Gläubigers abgelöst und auf den neuen übertragen. §§ 398 ff. BGB.[4]). Weil das Schuldverhältniß dasselbe bleibt, gehen auch die mit der abgetretenen Forderung verbundenen Nebenrechte, Pfandrechte, Bürgschaften und konkursmäßige Vorzugsrechte[5]) der Forderung auf den neuen Gläubiger über.

---

*) Vgl. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte (3. Aufl. 1836) und A. Schmidt, Die Grundlehren der Cession (I 1863, II 1866); L. Affolter im Archiv f. bürg. Recht Bd. 13 S. 296. — Stammler S. 180 ff.; Dernburg §§ 133—143; Endemann I §§ 150 ff.; Cosack §§ 114, 115; Mathiaß I § 100; Enneccerus I §§ 221—227.

1) Wegen Universalsuccession s. den vor. Paragraphen Ziff. II.

2) S. o. § 138 Ziff. 4 u. Bd. I § 71 Ziff. 3 b u. 6. Die Regel war dem deutschen, nicht dem röm. Recht bekannt. Letzteres half sich auf Umwegen (durch die Institute der Novation und der Prozeßvollmacht als mandatum in rem suam). Die neueren Partikularrechte haben die Cession dann als Singularsuccession in das Forderungsrecht — also unter Wahrung der Identität desselben — anerkannt. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Entwickelung abgeschlossen, stimmt übrigens im Großen und Ganzen mit derjenigen Rechtsgestaltung überein, zu der die Lehre sich bereits im neuesten gemeinen Rechte durchgerungen hatte. Dieselbe wird nur näher ausgestaltet und einzelne Zweifelspunkte entschieden.

3) Wie Forderungsrechte können daher auch andere, z. B. dingliche Ansprüche, abgetreten werden (vgl. o. § 191 Note 2), ja sogar sonstige Rechte, soweit das Gesetz nicht etwas anderes vorschreibt. § 413 BGB. Die betreffenden Fälle sind an den geeigneten Stellen zu erörtern.

4) Sogar auf der Passivseite des Schuldverhältnisses ist jetzt nach §§ 414 ff. BGB. dasselbe möglich. S. u. §§ 202 ff.: Schuldübernahme.

5) S. o. § 183 Note 41.

§ 401 eod. Der Schuldner — auch Pfandschuldner und Bürgen — haben kein Widerspruchsrecht[6]).

1. Dagegen ist im Verhältniß der beiden Gläubiger zu einander der Forderungsübergang entweder ein freiwilliger oder unfreiwilliger.

a) Freiwillig ist der Forderungsübergang, wenn er, wie regelmäßig jede andere Rechtsnachfolge, auf einem Vertrage zwischen dem alten und neuen Berechtigten beruht. Der Vertrag ist ohne Wissen und Willen des Schuldners gültig und vollwirksam. Das Gesetz bezeichnet diesen Vertrag als „Abtretung" der Forderung. § 398 BGB. Der Abtretende ist der bisherige, der Erwerber der neue Gläubiger. Wir reden auch von Cedent und Cessionar. Hinsichtlich des (cedirten) Schuldners bedarf es keiner besonderen Bezeichnung, da er verpflichtet bleibt und bei dem Vertrage nicht mitzuwirken hat.

b) Unfreiwillig, also unabhängig vom Willen insbesondere des bisherigen Gläubigers, tritt die Sonderrechtsnachfolge in Schuldverhältnisse ein

α. auf Grund gerichtlicher Verfügung, welche das Forderungsrecht von dem bisherigen Gläubiger an einen Dritten überweist. Eine solche Verfügung ergeht nach modernem Prozeßrecht hauptsächlich im Zwangsvollstreckungsverfahren wegen Geldforderungen: durch Pfändung einer Forderung des Exequendus, und Ueberweisung derselben an Zahlungsstatt zum Nennwerth an den Pfändenden[7]). §§ 828 ff., 835 ff. CPO. Vgl. auch § 408 Abs. 2 BGB. Der Uebergang wird hier durch den gerichtlichen Ueberweisungsbeschluß (bezw. dessen Zustellung an den Drittschuldner) bewirkt. Der Drittschuldner kann dem betreibenden Theil, als neuen Gläubiger, im Allgemeinen dieselben Einwendungen entgegensetzen, wie bei freiwilliger Ab-

---

6) Das Indossament und die Begebung von Inhaberpapieren enthalten keine bloße Rechtsnachfolge. S. o. Bd. I § 63 zu Note 17 ff.

7) Das Nähere gehört in das Prozeßrecht. Der betreibende Theil hat auf Grund der Pfändung die Wahl, ob er sich die gepfändete Forderung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überweisen lassen will. Im ersteren Fall zieht er sie ein auf Grund seines Pfandrechts, wobei er dem Gläubiger für gehörige Sorgfalt bei der Einziehung haftet (da letzterer das Einziehungsrecht verliert). Aus dem Beigetriebenen kann er sich befriedigen und hat einen eventuellen Ueberschuß an den Gläubiger herauszugeben. Im letzteren Fall tritt der betreibende Theil auf Grund der Ueberweisung als Rechtsnachfolger in die Rechte des bisherigen Gläubigers und erwirbt die gepfändete Forderung zum Nennwerth. Er hat die Rechtsstellung eines Cessionars. Seine eigene Forderung gegen den Exequendus wird durch die Ueberweisung bis zum Nennwerth der überwiesenen Forderung getilgt, sofern nur die letztere wirklich besteht, aber gleichgültig ob sie beitreibbar (der Drittschuldner solvent) ist. § 835 Abs. 2 CPO.

tretung der Forderung[8]). Die Nebenrechte der überwiesenen Forderung[9]) gehen gleichfalls auf den pfändenden Gläubiger über. Letzterer kann vom alten Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nöthige Auskunft und Herausgabe der darüber vorhandenen Urkunden fordern. § 836 Abs. 3 CPO.[10]).

Auf unpfändbare Forderungen[11]) findet das Ueberweisungsverfahren keine Anwendung; selbstverständlich auch nicht auf solche, die schon civilistisch nicht übertragbar sind (s. u. § 198). Im Konkurse und im Nachlaßverwaltungsverfahren u. dgl. findet zwar auch nicht selten ein nothwendiger Verkauf von Vermögensstücken, also auch von Forderungen des Gemeinschuldners ꝛc. statt, jedoch meist freihändig durch den Verwalter nach den Regeln der freiwilligen Abtretung[12]).

β. Wo kraft gesetzlicher Vorschrift Forderungsrechte oder dingliche Ansprüche ꝛc. an einen Anderen abzutreten sind, bestimmt das Gesetz der Regel nach ohne Weiteres den Rechtsübergang, da die Abtretung meist nur eine unnöthige Formalität sein würde[13]). Der Uebergang vollzieht sich von selbst mit Vollendung des Thatbestandes, mit welchem das Gesetz den Uebergang verknüpft[14]). Die Grundsätze der freiwilligen Abtretung finden entsprechende Anwendung.

---

8) S. insbesondere § 404 BGB. Jedoch sind die §§ 407, 408 BGB. mangels Gleichheit der Sachlage nicht anwendbar, da der Uebergang der Forderung hier erst durch Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner zu Stande kommt. — Ueber das Recht der Aufrechnung in diesem Falle s. o. § 192 Ziff. 5. — Eine Gewährleistungspflicht besteht nicht (aus dem Grunde wie unten § 201 Note 4).

9) S. o. bei Note 5.

10) Konform § 402 BGB. Ueber den Fall, daß der Ueberweisungsbeschluß zu Unrecht erlassen ist, s. § 836 Abs. 2 CPO. Hier eine Sicherungsvorschrift zu Gunsten des gutgläubigen Drittschuldners nach Art des § 409 BGB.

11) S. o. § 186 Ziff. 1.

12) S. z. B. §§ 133 ff. KO. und ähnlich schon oben § 194 Ziff. II.

13) Vgl. über das röm. beneficium cedendarum actionum unten § 201. Hier konnte nur die Cession verlangt werden, sie trat nicht von selbst ein. Irrig war die Meinung von Puchta und Savigny, daß schon im röm. Recht in Fällen der erzwingbaren Cession der Uebergang der Forderung von Rechtswegen eintrete. Noch heute ist diese Unterscheidung festzuhalten (s. die folg. Note), wenn auch in vielen der röm. Fälle heute ein Uebergang von Rechtswegen stattfindet. S. auch § 1251 i. f. BGB.

14) Von dem Uebergang kraft Gesetzes sind die Fälle zu unterscheiden, in denen das Gesetz nur die Abtretung verlangt, sie aber nicht schon von selbst (ipso iure) eintreten läßt. Die Fälle sind im modernen Rechte seltener, kommen aber gleichfalls vor. S. §§ 255, 281, 323 Abs. 2 BGB. und oben die Lehre vom Schadensersatz. — Wer auf Grund der gesetzlichen Vorschrift ein Recht auf Abtretung hat, kann, wenn die letztere nicht erfolgt, auf deren Vollzug klagen, und ersetzt in diesem Fall (nach einem allgemeinen Grundsatz der Zwangsvollstreckung) das rechtskräftige verurtheilende Erkenntniß die Abtretung. § 894 CPO.

§ 412 BGB. Jedoch vorbehaltlich der Besonderheiten des Falles. Jeder gesetzliche Forderungsübergang beruht auf spezieller Rechtsvorschrift. Näheres unten § 201.

2. Durch den Akt der Uebertragung[15]) geht die Forderung von dem bisherigen auf den neuen Gläubiger über. Die freiwillige Abtretung von Seiten des bisherigen Gläubigers ist eine Verfügung über die Forderung[16]), — eine Zuwendung, deren Gründe so verschieden sein können, wie die von Zuwendungen überhaupt[17]). Die Abtretung kann gegen Entgelt oder unentgeltlich erfolgen. Es ist also die Abtretung von ihrem Grunde zu unterscheiden: nicht anders als z. B. die Uebereignung körperlicher Gegenstände von dem Grunde (Kauf, Schenkung), aus welchem sie geschieht. Nennt man die Uebertragung (nach altem Sprachgebrauch) „Cession", so unterscheidet man Cessionsakt[18]) und Cessionsgrund. Dabei ist die Abtretung regelmäßig ein abstrakter Vertrag[19]), also unabhängig von ihrem Grunde. Nach § 398 BGB. beschränkt sich die Einigung der Parteien bei der Abtretung auf die Uebertragung der Forderung vom alten auf den neuen Gläubiger. Damit geht die Forderung über. Eine besondere Form wird nicht verlangt[20]). So selbst dann nicht, wenn das Grundgeschäft einer Form bedarf. Ein Anderes ist der Grund, ein Anderes die Abtretung[21]), wenn beide auch im Leben häufig verbunden werden[22]). Die Ungültigkeit des Grundgeschäfts zieht die Ungültigkeit

---

15) Mag er in einem Vertrage, in gerichtlicher Anordnung oder gesetzlicher Vorschrift liegen (s. o.).

16) S. o. Bd. I § 74 zu Note 19. Der Uebertragende muß daher die Verfügungsbefugniß über die Forderung besitzen.

17) S. o. Bd. I insbes. § 75. Vgl. die ähnlichen Ausführungen beim Erlaß (oben § 195 zu Note 9).

18) D. i. die Abtretung selbst.

19) Aber nicht nothwendig abstrakt. S. o. § 75 zu Note 11. Der Grund kann im Vertrage angegeben, seine Verwirklichung auch zu einer Bedingung der Abtretung gemacht werden ꝛc.

20) Anders vielfach bei Uebertragung anderer Rechte, im Gegensatze zu einfachen Forderungen (s. o. Note 3). Arg. § 413 BGB.: „soweit das Gesetz nicht ein Anderes vorschreibt". So vornehmlich bei allen im Grundbuch eingetragenen Rechten. Vgl. z. B. §§ 873, 1154 BGB. Darauf ist hier nicht einzugehen.

21) Da letztere formlos ist, wird nach den Umständen nicht selten in dem Abschluß des Grundvertrags zugleich die Abtretung liegen. S. die folg. Note. Es ist Sache der Auslegung, festzustellen, ob die Erklärungen im Grundvertrag als indirekte Zuwendungserklärungen (oben Bd. I § 86) genügen.

22) Da die Abtretung vernünftigerweise nie ohne Grund vorkommt und im Leben die beiden Elemente nicht unterschieden zu werden pflegen, wird das Grundgeschäft mit dem Abtretungsgeschäft häufig in einem Athem abgeschlossen. Z. B. die Forderung wird einfach „verkauft", „verschenkt" u. dgl. Für die juristische Betrachtung aber liegt in dem scheinbar einheitlichen Geschäft ein Doppeltes: der

der Zuwendung nicht ohne Weiteres nach sich[23]). Daher ist auch die Uebertragung gültig, wenn das Grundgeschäft aus irgend einem Anlaß nicht zu Stande kommt[24]), z. B. die Uebertragung als „Geschenk" nicht angenommen wurde[25]), oder wenn der Rechtsgrund der Uebertragung nachträglich hinwegfällt[26]). Bei Hinfall des Grundes kann die Abtretung nur unter Umständen als ungerechtfertigte Bereicherung des Erwerbers rückgängig gemacht werden[27]). Dies ist von besonderer Wichtigkeit für den Schuldner. Da dieser nach der Abtretung an den neuen Gläubiger leisten muß, braucht er[28]) nur die Gültigkeit der Abtretung, nicht auch diejenige des Cessionsgrundes zu prüfen. Die Gründe der Abtretung sind für ihn meistens ganz unkontrollirbar[29]). Daher ist es nur gerecht, wenn Unregelmäßigkeiten in Ansehung des Abtretungsgrundes nur im Verhältniß des alten zum neuen Gläubiger wirken[30]).

Bei der erzwungenen Uebertragung ist entsprechend der Uebergang der Forderung (kraft gerichtlicher Ueberweisung oder von Rechtswegen) von seinem Grunde zu unterscheiden. Bei der gerichtlichen

---

Kauf, die Schenkung ꝛc. als Grund der Abtretung — und die Abtretung selbst. Weitere Folgen der Unterscheidung s. u.

23) S. o. Bd. I § 80 zu Note 9 ff.

24) Nur darf der spezielle Ungültigkeitsgrund nicht auch ein solcher für das Uebertragungsgeschäft sein, wie z. B. mangelnde Geschäftsfähigkeit der Partei. Diese vitiirt gleichmäßig beide Geschäfte.

25) Der Rechtsgrund fehlt auch, wenn das Testament, in dessen Ausführung die Uebertragung erfolgte, sich als nichtig herausstellt.

26) Z. B. die Schenkung, in deren Ausführung die Abtretung erfolgte, unterliegt der Zurückforderung nach Pflichttheilsrecht oder wegen Verkürzung der Gläubiger.

27) Nach den allgemeinen Grundsätzen der Rückforderung einer ungerechtfertigten Bereicherung. S. u. §§ 317 ff. Die Abtretung wird kondizirt. — Anders, wenn der Grund zu einer Bedingung der Abtretung gemacht war. S. o. Note 19.

28) Um sich nicht der Gefahr einer Doppelzahlung (oben § 182 Ziff. 3 i. f.) auszusetzen. — Meist geht der dem Schuldner gewährte Schutz noch weiter. S. u. § 199 Note 46.

29) Auf dem Gesagten beruht die Hauptwirkung einer fiduziarischen Abtretung der Forderung. S. o. Bd. I § 76. Was Stammler S. 194 ff. dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. S. auch Dernburg § 135 Ziff. IV. u. Cit. Die fiduziarischen Beschränkungen des Gläubigerrechts des Cessionars gehen den cedirten Schuldner nichts an. S. dazu Entsch. d. RG. Bd. 24 S. 45, 161; Bd. 25 S. 207; Bd. 30 S. 273; Bd. 39 S. 166.

30) Mit der Erkenntniß der Unabhängigkeit der Abtretung von ihrem Grunde ist folgerichtig auch die Haftung des alten Gläubigers gegenüber dem Erwerber für die Rechtsbeständigkeit und eventuell Beitreibbarkeit der Forderung aus der Cessionslehre entfernt und den hauptsächlichsten in Betracht kommenden Grundverträgen zugewiesen worden. Vgl. §§ 437 ff., 445, 523 BGB. u. unten die Lehre von Kauf und Schenkung. S. Schliemann, Die Haftung des Cedenten (1848), Stammler S. 197 ff.

Ueberweisung liegt der Grund regelmäßig in der Erfüllung, die der betreibende Theil für seine Forderung wider den Exequendus zu beanspruchen hat, — bei Uebertragung kraft Gesetzes in dem Thatbestande, der der gesetzlichen Vorschrift zu Grunde liegt (z. B. Abfindung des bisherigen Gläubigers durch einen Dritten)[31]).

B. Von der freiwilligen Abtretung insbesondere.

§ 198.

1. Voraussetzungen.

Im Allgemeinen sind alle Forderungsrechte[1]) übertragbar[2]). Zur Uebertragbarkeit gehört auch nicht die Fälligkeit der Forderung. Auch betagte[3]) und selbst bedingte Forderungen[4]) können abgetreten werden, wenn auch die Beitreibung derselben einstweilen ausgeschlossen ist[5]). Ebenso Forderungen aus unvollkommenen Schuldverhältnissen, wenn dieselben sich nur sonst zur Uebertragung eignen. Desgleichen Forderungen aus gegenseitigen Verträgen[6]), gleichgültig ob der Abtretende schon seinerseits geleistet hat (natürlich wird dabei am sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, z. B. der bedungenen Gleichzeitigkeit oder Reihenfolge der beiderseitigen Leistungen, nichts geändert)[7]).

---

31) S. u. § 201. — Natürlich hat die Unterscheidung bei der erzwungenen Abtretung nicht die Bedeutung wie bei der freiwilligen.

1) Nur müssen sie genügend bestimmt sein. Vgl. die allgemeinen Ausführungen oben § 146 u. Dernburg § 135 Ziff. II.

2) Wegen rechtshängiger Forderungen s. § 265 CPO. u. oben Bd. I § 129 zu Note 12.

3) Z. B. der Anspruch auf künftig erfallende Mieth- und Pachtgelder, auf künftige Rentenbezüge u. dgl.

4) Z. B. im Versicherungsvertrage werden die eventuellen Ansprüche des Versicherten gegen Dritte wegen des versicherten Schadens auf den Versicherer übertragen. Die Forderung aus Vorschüssen eines Vermögensverwalters an den Eigenthümer des verwalteten Vermögens (z. B. an den Mündel) ist cessibel, trotzdem sie vom Ausfall der gesammten Vermögensverwaltung (dem Ergebniß der Schlußrechnung) abhängt.

5) Anderseits kann auch die Abtretung bedingt sein. Hier ist die Gegenleistung bei Ausfall der Bedingung nicht geschuldet. Wohl aber bei Abtretung bedingter Forderungen (aleatorisches Geschäft).

6) S. o. §§ 168 ff.

7) Der Schuldner des abgetretenen Anspruchs kann z. B. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ebenso gegen den neuen Gläubiger erheben, wie er sie gegen den alten Gläubiger erheben könnte. S. auch unten § 200. Ob der Cessionar die Gegenleistung bewirken kann, hängt davon ab, ob ein Dritter erfüllen kann (s. o. § 154). Ob er sie bewirken soll, berührt lediglich sein Verhältniß zum Cedenten. Jedenfalls bleibt der Cedent dem Gegenkontrahenten haftbar.

Jedoch

1. die Abtretung bezieht sich nur auf die einzelne Forderung (den Anspruch), nicht auf das ganze, namentlich ein zweiseitiges Rechtsverhältniß[8]). Aus letzterem (z. B. aus Kauf, Miethe, Geschäftsbesorgungen, Gesellschaft ꝛc.) können die einzelnen Forderungen abgetreten werden; der Eintritt eines Dritten in das gesammte Verhältniß an Stelle eines bisher Betheiligten durch unsern Vertrag ist nicht möglich[9]).

2. Unübertragbar sind diejenigen Einzelforderungen, deren Inhalt durch Uebergang auf einen anderen Gläubiger eine objektive Veränderung erleiden würde, weil sich damit der materielle Inhalt der Leistung verändert[10]). Ja das Gesetz gestattet die Begründung unübertragbarer Forderungen ohne Rücksicht auf den Inhalt der Leistung durch Rechtsgeschäft des Gläubigers mit dem Schuldner. § 399 BGB. Diese Bestimmung ergänzt sich mit dem oben Gesagten zu einer allgemeinen Regel. Immer ist zuzusehen, ob nach dem Inhalt der Leistungspflicht mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte[11]) der einseitige Gläubigerwechsel dem Schuldner zugemuthet werden kann[12]). Bei vertraglichen

8) Entsprechend wie oben § 181 Note 1. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 377, Bd. 13 S. 11.

9) Er wäre nicht blos Eintritt in Rechte, sondern ebensosehr in die mit diesen Rechten verbundenen Verpflichtungen, zu deren Uebergang der bloße Vertrag eines Betheiligten mit dem Dritten (s. o. § 197 bei Note 6 ff.) keineswegs ausreicht. Vielmehr setzt sich ein solcher Vertrag aus Cession und Schuldübernahme (unten § 202 ff.) zusammen. S. dazu Dernburg § 136 Ziff. II, Enneccerus § 222 II Ziff. 2, Stammler S. 186 ff.

10) Daher sind z. B. nicht übertragbar Forderungen auf Gewährung von Unterhalt, soweit sie nicht auf einen bestimmten Betrag fixirt sind (einzelne verfallene Unterhaltsansprüche sind stets übertragbar). Ansprüche auf Bestellung einer Grund- oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sind nicht übertragbar, weil das zu begründende Recht es nicht ist, also mit Abtretung des Bestellungsanspruchs die geforderte Leistung einen wesentlich anderen Inhalt gewänne. Unübertragbar sind die Ansprüche auf Genugthuung wegen einer erlittenen persönlichen Kränkung (actiones meram vindictam spirantes), s. z. B. §§ 847, 1300 Abs. 2 BGB. In manchen Fällen werden Zweifel übrig bleiben, ob durch die Abtretung der objektive Inhalt der Leistung verändert wird. Darauf beziehen sich die Spezialbestimmungen z. B. in §§ 514, 613, 664 Abs. 2, 717 BGB. Im Uebrigen hat die Auslegung zu walten (s. auch weiter im Text).

11) Mag man die §§ 157 oder 242 BGB. herbeiziehen.

12) Z. B. der Anspruch aus einem Vorvertrage ist nicht blos (mit Schollmeyer § 399 Note 3 Ziff. 1) dann unübertragbar, wenn der aus dem Vorvertrag Berechtigte im Hauptvertrag Pflichten zu übernehmen hat, sondern allgemein, wenn anzunehmen ist, daß nur dem ursprünglichen Gläubiger der Abschluß des Hauptvertrags zugesichert werden sollte; also wohl sicher beim pactum de donando, da ich wohl gern den Einen, aber nicht den Anderen beschenken will. — Die Ansprüche aus Miethe und Pacht auf Benutzung

Schuldverhältnissen wird es im Zweifel darauf ankommen, ob nach den Umständen die einseitige Substitution einer anderen Person als Gläubiger für die Gegenpartei (den Schuldner) im Sinne eines wesentlichen Irrthums wirken würde. In diesem Falle kann der Schuldner dem neuen Gläubiger die Unübertragbarkeit entgegensetzen[13]).

Die Schlußbestimmung des § 399 stellt eine sehr wichtige Unterscheidung klar[14]). Eine Privatübereinkunft kann kein dritten Personen gegenüber wirksames Veräußerungsverbot schaffen. Aber ein Anderes ist es, die Uebertragbarkeit vorhandener Lebensgüter ausschließen, oder wie hier ein seinem Inhalt nach beschränktes Recht schaffen[15]). Der Schuldner muß die Befugniß haben, sich in beschränkter Weise zu verpflichten[16]), also auch so, daß er nur einer bestimmten Person leisten will und keinem Anderen[17]). Nur in zwei Punkten war dies (im öffentlichen Interesse) zu beschränken. Nämlich

a) Unübertragbare Forderungen sind regelmäßig auch unpfändbar[18]). Da nun die willkürliche Begründung unübertragbarer Forderungsrechte durch Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner dazu mißbraucht werden könnte, Forderungen unpfändbar zu machen, schließt das private Abtretungsverbot die Pfändung nicht aus[19]). § 851 CPO.

b) Hatte der Schuldner eine Urkunde über die Forderung

---

der Sache ꝛc. sind nur dann übertragbar, wenn nach Anleitung des § 549 BGB. die Untermiethe gestattet ist.

13) Trotz seines guten Glaubens. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 164, Bd. 38 S. 308. S. jedoch unten lit. b.

14) Durch den Schlußsatz wird die erste Hälfte keineswegs überflüssig. Diese bestimmt die Unübertragbarkeit kraft Gesetzes bei allen Schuldverhältnissen und im Sinne einer zwingenden Rechtsvorschrift.

15) S. schon oben Bd. I § 85 Ziff. 4 bes. Note 32. Der I. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs verkannte noch diese Unterscheidung. Die Begründung unabtretbarer Forderungen war im gemeinen Recht überwiegend zugelassen. S. Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 164.

16) Dies kann auch nachträglich durch Vertrag mit dem Gläubiger geschehen. Es liegt darin nur eine gestattete Aenderung des Schuldinhalts, eventuell eine Schuldumwandlung. Anderseits macht einfache Zustimmung des Schuldners zur Abtretung die Forderung wieder übertragbar.

17) Beispiele aus dem modernen Leben sind die Unübertragbarkeit der Eisenbahn-, insbesondere Rückfahr- und Rundreisekarten, — von Bankdepotscheinen, Versicherungspolicen ꝛc. — Nur eine Erweiterung ist es, wenn der Schuldner sich blos einem gewissen Personenkreise oder Personen, die eine gewisse Eigenschaft haben, verpflichten will. Dann ist die Uebertragung an andere Personen ausgeschlossen.

18) Weil die Pfändung einen Theilübergang der Forderung involvirt. S. auch unten Note 29.

19) Es sei denn, daß der Leistungsgegenstand seiner Natur nach unpfändbar ist. § 851 Abs. 2 CPO. Vgl. über die unpfändbaren Gegenstände oben § 186.

ausgestellt, welche die Unübertragbarkeit der Forderung nicht erwähnt, so kann der Ausschluß der Abtretung dem neuen Gläubiger, der die Forderung mit Beziehung auf die Urkunde erwarb, nur dann entgegengesetzt werden, wenn ihm zur Zeit seines Erwerbs der Ausschluß der Uebertragbarkeit bekannt war oder bekannt sein mußte[20]). § 405. Andernfalls muß dem dritten Erwerber der Forderung der Schutz des gutgläubigen Verkehrs zu Theil werden.

3. Auch Theile einer Forderung sind übertragbar, wenn die Leistung sich an mehrere Personen vertheilen läßt[21]). Ob dies der Fall ist, beurtheilt sich nach wirthschaftlichen Gesichtspunkten resp. nach der Verkehrssitte[22]). Aehnlich sind Nebenrechte für sich allein[23]) nur dann übertragbar, wenn sie selbständig existiren können und selbständigen Werth haben; daher nicht unselbständige Pfandrechte[24]), Ansprüche aus Bürgschaften und anderen Sicherungsrechten[25]), wohl aber Ansprüche auf Zinsen und Vertragsstrafe ohne Rücksicht auf deren Verfall[26]). Die Uebertragung mit dem Hauptanspruch ist allgemein zulässig, ja vollzieht sich nach § 401 BGB. sogar von selbst[27]).

4. Ferner gibt es noch zahlreiche positive Abtretungsverbote. Von diesen ist

a) das wichtigste, daß eine Forderung, soweit sie unpfändbar ist, auch nicht abgetreten werden kann[28]). Dies versteht sich keineswegs von selbst. Daß Zugriffsverbot schützt die Person vor ihren Gläubigern; das Abtretungsverbot schützt sie zunächst vor sich selbst und nur mittelbar vor den Gläubigern. Daher folgt logisch nur aus dem Abtretungsverbot dasjenige der Pfändung[29]), nicht aus dem Pfändungs-

20) S. o. Bd. I § 111 Ziff. 2. Die Kenntniß resp. die Erkennbarkeit des Ausschlusses hat der Schuldner zu beweisen.

21) Z. B. eine Kaufpreisforderung von 1000 Mark kann zur Hälfte ꝛc. abgetreten werden.

22) Z. B. Theaterbillets ꝛc., die Ansprüche aus sog. „Pension" in einem Gasthause können nicht von dem Einen zur Hälfte benutzt und dann der Rest an einen Anderen abgetreten werden. Die ganze Leistung ist für eine Person bestimmt. Dernburg § 137 Ziff. V.

23) Ohne den Hauptanspruch.

24) Vgl. §§ 1153, 1250 BGB.

25) Vgl. o. Bd. I §§ 134—137. Entsch. d. RG. Bd. 15 S. 278.

26) S. o. zu Note 3. Dernburg § 137 i. f.; Schollmeyer § 399 Note 1. A. M. wegen einer noch nicht verfallenen Vertragsstrafe d. preuß. Obertribunals, weil das preuß. Recht die Strafe als vereinbartes Interesse ansah.

27) S. o. § 197 zu Note 5. Wird die Uebertragung ausgeschlossen, so erlöschen die Neben- und Sicherungsrechte, soweit sie nicht selbständige Existenz besitzen. Vgl. §§ 1153, 1250 BGB. und unten das Sachenrecht.

28) S. über die unpfändbaren Forderungen § 850 BGB. und die oben § 186 bei und in Note 7 ff. cit. Gesetze.

29) Geschähe dies nicht, so könnte das Abtretungsverbot durch Schulden-

verbot ein solches der Abtretung[30]). Gleichwohl verbietet unser Gesetz jetzt generell die Abtretung unpfändbarer Forderungen aus wirthschaftlichen Gründen[31]). § 400 BGB.

b) Andere Abtretungsverbote sind in besonderen Gesetzen enthalten. Zum Theil ergeben sie sich schon aus einem Beschlagnahmeverbot[32]). Hinsichtlich der Ansprüche von Beamten, Geistlichen und öffentlichen Lehrern auf Besoldung, Ruhegehalt, Warte-, Wittwen- und Waisengelder bewendet es bei den Vorschriften des Landesrechts. Art. 81 EG.BGB.[33]). Dagegen sind manche ältere Abtretungsverbote und Beschränkungen beseitigt[34]).

§ 199.

2. Vollzug der Abtretung.

Durch den Abtretungsvertrag zwischen dem bisherigen und neuen Gläubiger wird die Forderung unmittelbar auf den Erwerber übertragen. Also mit Abschluß dieses Vertrages[1]) tritt der neue Gläubiger an Stelle des bisherigen Gläubigers. § 398 BGB. Der Uebergang der Forderung ist damit vollendet[2]).

---

kontrahirung im Wege der darauffolgenden Zwangsvollstreckung illusorisch gemacht werden. S. auch § 851 Abs. 1 CPO.

30) Daher werden in zahlreichen älteren Reichsgesetzen das Abtretungs- und Pfändungsverbot nebeneinander ausgesprochen. S. z. B. § 2 Abs. 2 RG. betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes v. 21. Juni 1869.

31) Die Person soll sich nicht selbst der nothwendigsten Hülfsquellen berauben können. — Abgesehen davon bestehen noch immer Divergenzen. Z. B. der Pflichttheilsanspruch ist zunächst unpfändbar (bis er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist), aber übertragbar. § 2317 Abs. 2 BGB. resp. § 852 CPO.

32) S. o. zu Note 31. Die Hauptgesetze sind in § 186 bei Note 7 ff. angegeben. Vgl. Mandry-Geib, Civilr. Inhalt der Reichsgesetze § 21 S. 244 ff.

33) Vgl. die oben § 192 Note 42 cit. Bestimmungen.

34) So das röm. Verbot der Cession rechtshängiger Ansprüche (s. o. Note 2); das Verbot der cessio in potentiorem (denn heute ist Jedermann vor dem Gesetze gleich). — Endlich sind auch die in der röm. lex Anastasiana (l. 22 Cod. mandati 4, 35) liegenden Cessionsbeschränkungen (Unzulässigkeit der Geltendmachung der cedirten Forderung zu einem höheren Betrage als dem dafür gezahlten Preise) beseitigt. So schon in zahlreichen früheren Partikularrechten und in Art. 299 des alten HGB. Soweit Wucher vorliegt, s. o. Bd. I § 85 Ziff. 2a.

1) D. h. mit der Uebereinkunft der Parteien hinsichtlich des Uebergangs der Forderung. S. o. § 197 Ziff. 2, Bd. I §§ 89 ff. — Ueber den Vertragsabschluß in blanco (Blankocession) s. Dernburg § 135 Ziff. III. Der Vertragsschluß ist gültig. In der Uebermittelung des Blanketts an den Ausfüllenden liegt ein vollgültiger Vertragsantrag; die Ausfüllung ist Annahme im Sinne des § 151 BGB.

2) S. o. § 197 über die Formlosigkeit des Vertrages. Die Uebergabe der Urkunden, in denen die Forderung verbrieft ist (§ 402 BGB.), ist also zur Uebertragung derselben nicht erforderlich.

1. Selbstverständlich gilt dies unter den Parteien. Es gilt aber auch im Verhältniß zu Dritten, die an dem Abtretungsvertrage nicht direkt betheiligt sind. Daher können die Gläubiger des Abtretenden von nun an die Forderung nicht mehr mit Beschlag belegen[3]), wohl aber können dies die Gläubiger des Cessionars. Die Forderung ist ein Bestandtheil des Vermögens des Cessionars bezw. seiner Rechtssphäre geworden. Ist die Forderung vom alten Gläubiger mehrmals abgetreten, so hat sie der erste Cessionar erworben. Der zweite erhält sie nicht, wenn er sich auch in gutem Glauben befand (also die erste Abtretung nicht kannte). Ein selbständiger Schutz des guten Glaubens fehlt hier, weil er nicht durchführbar ist[4]).

2. Anders ist das Verhältniß zum cedirten Schuldner. Konsequent müßte mit dem Vollzug der Abtretung lediglich der Erwerber der Forderung berechtigt sein, die Leistung zu verlangen, der ursprüngliche Gläubiger nicht mehr[5]). Aber die Abtretung entzieht sich häufig der Kenntniß des Schuldners, und er ist vor der Gefahr von Doppelzahlungen[6]) zu schützen. Dieselbe Gefahr besteht auch für andere Rechtsakte, die der Schuldner in Unkenntniß der Abtretung noch mit dem alten Gläubiger vornimmt[7]) und deren Wirkung davon abhängt, daß sie gegenüber dem richtigen Gläubiger vorgenommen werden. Daher wurde von Alters her die Wirkung der Cession gegenüber dem Schuldner an eine förmliche Benachrichtigung desselben von der Abtretung geknüpft[8]): sog. Denuntiation. Unser Gesetz löst den Vorgang in verschiedenen Stadien auf[9]).

---

3) Wird sie von ihnen gepfändet, so hat der neue Gläubiger das Recht zu interveniren. § 771 CPO. — Die abgetretene Forderung fällt nicht mehr in die Konkursmasse des Cedenten.

4) Es fehlt an Mitteln zur geeigneten Erkennbarmachung des Vertrages gegen Dritte. Billigkeit gegen den zweiten Cessionar involvirt eine Unbilligkeit gegen den ersten. Es bleibt daher bei dem allgemeinen Satze (oben Bd. I § 71 Note 12): nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet.

5) Es sei denn als Vertreter des Erwerbers auf Grund der allgemeinen Vorschriften. — Das Gleiche gilt in Ansehung einer Verfügung über die Forderung. Nicht mehr der ursprüngliche Gläubiger, sondern nur der Erwerber kann die Forderung weiter übertragen ꝛc. S. Ziff. 1 i. f.

6) Auf Grund des oben § 182 Ziff. 3 i. f. Gesagten.

7) Ebenso bei mehreren successiven Abtretungen (oben Note 4), wenn der Schuldner den richtigen Cessionar nicht kennt.

8) So nach der bis zuletzt herrschenden gemeinrechtlichen Lehre, nach dem Preuß. ALR. I Tit. 11 § 413 ꝛc.

9) Es handelt sich um Vorschriften zu Gunsten Dritter, d. i. hier des Schuldners. Die Abtretung selbst ist mit der formlosen Willenseinigung zwischen Cedenten und Cessionar vollendet. S. o. Note 2.

a) Solange der Schuldner die Abtretung nicht kennt, gilt ihm gegenüber der bisherige Gläubiger fortdauernd als der Berechtigte. Er ist also fortdauernd zum Empfang der Leistung legitimirt; der Schuldner wird durch Zahlung an den Cedenten befreit. Dasselbe gilt für andere Rechtsgeschäfte des Schuldners mit dem Cedenten, z. B. Stundung der Forderung, Erlaß, Schuldumwandlung, Kündigung 2c. Der neue Gläubiger muß diese Akte gegen sich gelten lassen. Das nach der Abtretung zwischen dem bisherigen Gläubiger und dem Schuldner ergangene rechtskräftige Urtheil[10]) bindet den neuen Gläubiger[11]). § 407 BGB. Der Gegenbeweis der Kenntniß[12]) des Schuldners von der Abtretung[13]) liegt dem neuen Gläubiger ob[14]). Entsprechend ist die Behandlung bei mehrmaliger Abtretung derselben Forderung[15]), wenn die spätere Abtretung dem Schuldner früher als die erste bekannt wurde[16]). § 408. Hier muß der erste Cessionar[17]), dessen Rechtserwerb dem Schuldner nicht bekannt war, die oben erwähnten zwischen dem Schuldner und späteren Cessionar vorgenommenen Rechtsakte gegen sich gelten lassen.

Dies ändert sich auch nicht durch ein bloßes Gerücht der Abtretung, das zu dem Schuldner dringt. Denn häufig sind solche Gerüchte falsch; dem Schuldner ist jedenfalls nicht zuzumuthen, das Gerücht auf seine Richtigkeit zu kontrolliren und die Gefahr falscher Information zu tragen. Nur braucht er jetzt auch dem ursprünglichen Gläubiger nicht mehr zu leisten[18]), sondern kann sich abwartend verhalten[19]). Ebensowenig braucht er sich mit dem angeblichen Cessionar

10) Wegen Abtretung nach der Rechtshängigkeit s. § 265 CPO. u. oben Bd. I § 129.

11) Näheres in Ansehung der Rechtskraftwirkungen bei Hellwig, Rechtskraft (1901) S. 390 ff. bes. S. 403 ff.

12) Kennenmüssen genügt nicht.

13) Im Augenblick der Vornahme des Rechtsakts; — bei Rechtsstreitigkeiten im Augenblick des Eintritts der Rechtshängigkeit. § 407 Abs. 2 BGB.

14) S. auch die Fassung des § 407 Abs. 1 u. 2 i. f.

15) Auch Anerkenntniß des bisherigen Gläubigers (selbst nicht schriftliches), daß die Forderung kraft Gesetzes (unten § 201) auf einen Anderen übergegangen sei, und zwangsweise gerichtliche Ueberweisung einer bereits abgetretenen Forderung an einen Gläubiger des Cedenten (s. o. § 197 Ziff. 1b).

16) Bei gerichtlicher Ueberweisung durch die erforderliche Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner (§ 835 Abs. 3 CPO.).

17) Als wahrer Gläubiger (s. o. Note 2 u. 4).

18) Denn wenn abgetreten war, ist er nicht mehr der Gläubiger. S. bei Note 2.

19) Da er nicht weiß, wem er verpflichtet ist. — Wird er vom alten Gläubiger verklagt, so kann er dem angeblichen Cessionar den Streit verkünden und nach § 72 CPO. verfahren. — Er kann aber auch schon vorher nach unsern früheren Ausführungen hinterlegen (s. o. § 189 ff.).

als neuen Gläubiger einzulassen. Er braucht ihm also nicht zu zahlen[20]; eine Kündigung oder Mahnung des neuen Gläubigers kann er unverzüglich zurückweisen[21]. Arg. § 410 Abs. 1.

b) Erlangt der Schuldner sichere Kenntniß von der Abtretung, so steigert sich das Gläubigerrecht des Cessionars insofern, als der Schuldner dem alten Gläubiger[22] nicht mehr erfüllen darf u. s. w.[23]. Dessen Legitimation zur Forderung ist nunmehr zerstört: der Schuldner hätte sich einfach mit einem Nichtgläubiger eingelassen. Von sicherer Kenntniß wird man insbesondere dann reden, wenn die Abtretung von der einen oder anderen Partei dem Schuldner mitgetheilt worden ist. Das dringendste Interesse an dieser Mittheilung hat der Cessionar, und zwar wird er zweckmäßig[24] eine solche Art der Mittheilung wählen, welche ihm den Beweis der letzteren sichert[25]. Dagegen hat diese Kenntnißgabe von der Abtretung noch nicht die Folge, daß der Schuldner nunmehr dem neuen Gläubiger leisten müßte[26]. Die bloße Bekanntgabe genügt in dieser Hinsicht den Interessen des Schuldners nicht, der vielmehr auch seinerseits einen Beweis der Abtretung verlangen kann[27]. So ist denn schließlich

c) zur vollen Legitimation des Cessionars gegenüber dem Schuldner eine formale Anzeige der Abtretung durch Urkunde[28] erforderlich, die vom bisherigen Gläubiger ausgeht und den Cessionar als neuen Gläubiger benennt[29]. Diese Urkunde ist dem

---

20) Die freiwillig geleistete Zahlung ist gültig.

21) D. i. ohne schuldhaftes Zögern. S. § 121 BGB. Die Zurückweisung ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Rechtzeitig erfolgt, macht sie den Rechtsakt des angeblichen Gläubigers wirkungslos.

22) Resp. dessen Rechtsnachfolgern, d. i. auch späteren Cessionaren.

23) Erlaß, Kündigung, Stundung ꝛc. des alten Gläubigers braucht der Cessionar nicht mehr gegen sich gelten zu lassen.

24) Weil er eventuell die Unwirksamkeit der Zahlung ꝛc. an den alten Gläubiger beweisen muß. S. o. bei Note 14.

25) Insbesondere auch in Ansehung der Zeit der Mittheilung. Z. B. durch Boten, eingeschriebenen Brief ꝛc.

26) Oder Kündigung, Mahnung desselben annehmen muß. — Freiwillige Zahlung an den Cessionar ist gültig (s. o. Note 20), — Kündigung oder Mahnung des Cessionars sind wirksam, wenn sie nicht unverzüglich zurückgewiesen werden (Note 21).

27) Aus ähnlichem Gesichtspunkt, wie er auch Quittung verlangen kann, widrigenfalls er zur Zahlung nicht gezwungen werden darf. Im vorliegenden Fall könnte nach stattgefundener Leistung an den Cessionar der alte Gläubiger die Abtretung leugnen und die Schuld nochmals einklagen. Demgegenüber müßte dann der Schuldner die erfolgte Abtretung beweisen. Dies ist ihm nicht zuzumuthen.

28) Also eine Art Denuntiation in dem bisherigen Sinne.

29) Wenn auch nicht expressis verbis. Z. B. sie kann auf den „Ueberbringer" lauten (s. u.).

wenn sie unrichtig ist[47]). Mangels Abtretung ist der Bezeichnete nicht Gläubiger, und der Schuldner kann ihm daraus die entsprechende Einwendung machen.

Selbstverständlich muß die konstitutive Anzeige selbst gültig und wirksam vorgenommen sein. Es gelten die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsgeschäfte[48]).

γ. Schließlich wirkt die Anzeige auch zu Gunsten des darin bezeichneten neuen Gläubigers, insofern sie wenigstens nicht ohne Zustimmung desselben[49]) wieder zurückgenommen werden kann[50]). § 409 Abs. 2. Die einmal ertheilte vollständige Legitimation zur Forderung soll vom Cedenten nicht einseitig wieder entzogen werden können. War die Abtretung unwirksam[51]) und verweigert der in der Anzeige Benannte die Zustimmung zu deren Rücknahme, so kann der Gläubiger gegen ihn auf Ertheilung der Zustimmung nur unter der Voraussetzung klagen, daß die eingeräumte Legitimation zur Forderung als ungerechtfertigte Bereicherung des in der Anzeige Benannten erscheint[52]).

δ. Ein Sonderrecht gilt für öffentliche Kassen als Schuldner des Diensteinkommens, Wartegelds, Ruhegehaltes öffentlicher Beamten, Lehrer, Geistlichen und Militärpersonen[53]), wenn die Bezugsberechtigten den übertragbaren Theil ihrer Bezüge[54]) an einen Dritten abtreten. Hier gilt die Abtretung der Kasse bis zur Aushändigung einer öffentlich beglaubigten Abtretungsurkunde überhaupt nicht als bekannt. Die positiven Wirkungen der (in der Form ertheilten) Abtretungsanzeige sind die gewöhnlichen. § 411.

---

47) § 409 BGB. ist nur eine Schutzvorschrift zu seinen Gunsten.

48) S. o. Note 32 u. Cit. Ferner Bd. I § 72 Note 5, §§ 83 ff. Ist die Anzeige gefälscht, so trifft der Nachtheil den Schuldner.

49) Wegen Erklärung der Zustimmung gelten die allgemeinen Grundsätze. S. o. Bd. I § 82.

50) Die Zurücknahme ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Schuldner, aber hier in ihrer Wirkung von der Zustimmungserklärung abhängig. Die Reihenfolge der Erklärungen ist wegen § 184 BGB. gleichgültig.

51) Nichtig, oder infolge durchgeführter Anfechtung. S. auch oben Note 44.

52) Die konstitutive Anzeige kann nicht einfach zwangsweise zurückgenommen werden, wenn sie der Wahrheit nicht entspricht (so Dernburg § 141 II Ziff. 6). Mängel der Abtretung sollen ihr gegenüber zunächst nur im Verhältniß der Parteien untereinander wirken (s. o. Note 46 i. f.). Demgemäß ist die Anzeige lediglich zu kondiziren (s. u. §§ 317 ff.). Das gegen den Beklagten erstrittene rechtskräftige Urtheil ersetzt nach § 894 CPO. die Zustimmungserklärung.

53) Vgl. RBeamtenG. v. 31. März 1873 § 6; RMilitärG. v. 2. Mai 1874 §§ 38, 45. V. v. 13. Aug. 1895 ꝛc.

54) S. o. § 198 Ziff. 4.

§ 200.

3. Wirkungen der Abtretung.

In dieser Beziehung ist zu unterscheiden das Rechtsverhältniß des Abtretenden zum Erwerber der Forderung und das des letzteren zum Schuldner. Dieses ist das wichtigere Verhältniß; jenes setzt sich zum Theil aus fremden Elementen zusammen. Wir erwähnen davon an dieser Stelle nur, was mit der Abtretung selbst unmittelbar zusammenhängt.

I. Das Rechtsverhältniß des Abtretenden zum Erwerber der Forderung beurtheilt sich in erster Linie nach dem Grunde der Abtretung[1]). Danach richtet sich der Umfang des abgetretenen Rechts[2]), die etwaige Gegenleistung des Erwerbers und in Zusammenhang damit die Haftung des Abtretenden für Bestand und Güte[3]) der abgetretenen Forderung[4]). Selbstredend gehen mit der abgetretenen Forderung alle Rechte auf den Erwerber über, die kraft Gesetzes mit derselben verbunden sind[5]), und im Zweifel überhaupt diejenigen Nebenrechte, welche lediglich im Interesse des Hauptrechts bestehen (nach dem Satze: accessio cedit principali). § 401[6]). Dagegen ist es kein Nebenrecht, wenn bei mehreren successiven Abtretungen der erste Cedent eine Gewährleistung für Bestand und Güte der Forderung übernahm[6]). Es ist folglich der zweite Erwerber nicht ohne Weiteres aus dem Garantieversprechen berechtigt[7]). Eine zur Zeit der Abtretung bereits ver-

1) S. o. § 197 Ziff. 2. Also aus den Regeln des Kaufs, der Schenkung ꝛc., zufolge deren die Forderung übertragen worden ist.

2) Nicht ganz übereinstimmend Dernburg § 138 Note 1.

3) D. i. thatsächliche Beitreibbarkeit gegenüber dem Schuldner (z. B. mit Rücksicht auf dessen Insolvenz ꝛc.).

4) S. o. § 173 über die Gewährleistung für entgeltliche Uebertragungen, und im Einzelnen bei Kauf und Schenkung u. s. w. Die Verpflichtung zum Einstehen für den übertragenen Vermögensvortheil ergibt sich aus dem näheren Inhalt des Grundgeschäfts.

5) Vgl. § 1153 Abs. 2 BGB.

6) Z. B. Bürgschaften; Ansprüche auf noch nicht verfallene Zinsen und Vertragsstrafen; Rechte aus einer Vormerkung der abgetretenen Forderung im Grundbuch; ein Zurückbehaltungsrecht, wenn der Erwerber in die Möglichkeit der Zurückhaltung (durch Uebergabe des zurückzuhaltenden Gegenstandes) versetzt wird ꝛc. Jedoch ist § 401 BGB. nicht zwingend. — Ob im Falle des Ausschlusses des Uebergangs das Nebenrecht untergeht, ist eine andere Frage. S. o. § 198 Note 27.

6) Sondern eine selbständige Verpflichtung des ersten Cedenten gegenüber seinem Nachmann, die nicht der abgetretenen Forderung inhärirt.

7) Dernburg § 138 Note 4 u. Cit. — Aehnlich tritt der Erwerber eines Etablissements (Theaters u. s. w.) durch diesen Erwerb nicht von selbst in die Verträge seines Vorgängers ein.

fallene Vertragsstrafe ist regelmäßig als ein selbständiger Anspruch anzusehen[8]). Dagegen inhäriren der übertragenen Forderung ein darauf bezügliches Anfechtungsrecht[9]); ebenso die Vorzugsrechte (privilegia exigendi), die mit der Forderung im Falle der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbunden sind[10]). § 401 Abs. 2 BGB.

Aus allgemeinen Grundsätzen ergibt sich auch, daß der Abtretende der Geltendmachung der Forderung durch den Erwerber keine Hindernisse in den Weg legen darf. Es verstieße gegen Treu und Glauben und alle Verkehrsregeln, selbst zu verhindern oder zu erschweren, was man dem Anderen an Rechten selbst eingeräumt hat. Vgl. § 157 BGB. Folglich wird der Abtretende dem Erwerber der Forderung ersatzpflichtig, wenn er[11]) nach der Abtretung noch vom Schuldner Erfüllung annimmt oder seine fortdauernde Legitimation zur Forderung zu Rechtsakten mit dem Schuldner mißbraucht, welche den Cessionar benachtheiligen[12]). — Unser Gesetz erweitert dies aber noch zu einer positiven Handlungspflicht des Abtretenden[13]). Danach hat letzterer dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nöthige Auskunft zu ertheilen[14]) und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden herauszugeben[15]), soweit sie sich

---

8) Nach Verkehrsgrundsätzen. A. M. Schollmeyer § 401 Note 1. — Nach diesen ist auch zu beurtheilen, ob zur Zeit der Abtretung bereits verfallene Zinsen als mitabgetreten anzusehen sind oder nicht. Gemeiniglich wird dies verneint für rückständige Vertragszinsen (sie gelten als Aequivalent für den vom Abtretenden während seiner Gläubigerzeit gewährten Kredit), nicht aber für gesetzliche Zinsen (sie gelten nur als eine Erweiterung des Hauptanspruchs, wie eine Interesseforderung). Die röm. Begründung (daß wegen der usurae legales keine selbständige actio bestehe) ist natürlich nicht mehr maßgebend.

9) Obschon dasselbe kein Forderungsrecht ist, gilt es doch im Zweifel auf Grund des § 413 BGB. als mitabgetreten. — Der Schuldner kann ein ihm zustehendes Anfechtungsrecht nach § 404 dem neuen Gläubiger entgegensetzen.

10) Vgl. § 10 RG. betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung; §§ 61 u. 62 KO. S. auch oben § 183 Ziff. 3b. Zu unterscheiden von diesen sog. privilegia causae wären etwaige privilegia personae, die der Abtretende hatte. Diese kommen dem Cessionar nicht zu Gute.

11) S. o. § 199 Ziff. 2.

12) Z. B. wenn er die Forderung erläßt. Vgl. schon l. 55 Dig. de proc. 3, 3; l. 23 Dig. de her. vel. act. vend. 18, 4.

13) Ja sogar des ursprünglichen Gläubigers bei nicht vertraglichem Rechtsübergang. § 412 BGB.

14) S. o. Bd. I § 136. Diese Auskunftspflicht ist gesetzliches Accessorium der Uebertragung im obigen Sinne; daher ist die Auskunft bei mehrmaligen successiven Uebertragungen auch dem letzten Erwerber der Forderung zu ertheilen.

15) Bei mehrmaligen successiven Uebertragungen gilt das Gleiche wie oben. Doch hat der Besitzer der Urkunden in Ansehung der Auslieferung die Schutzrechte eines cedirten Schuldners, wenn er die Urkunden einem Anderen als seinem ursprünglichen Vertragsgegner aushändigen soll.

in seinem Besitze befinden[16]) und nicht für ihn selbst noch von Interesse sind[17]). § 402.

Endlich kann der neue Gläubiger von seinem Rechtsvorgänger die Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über die erfolgte Abtretung verlangen. § 403. Denn erst durch den Besitz dieser Urkunde wird regelmäßig sein Recht gegen den cedirten Schuldner vollkommen[18]). Die Kosten hat der neue Gläubiger zu tragen und vorzuschießen[19]).

II. Das Rechtsverhältniß des neuen Gläubigers zum Schuldner bestimmt sich nach dem Inhalt der abgetretenen Forderung und dem Umfang der Abtretung. Mangels Beschränkungen in letzterer Hinsicht geht die Forderung grundsätzlich auf den Erwerber so über, wie sie im Momente der Abtretung bestand. Arg. §§ 398, 404 BGB.

1. Da jedoch bis zur Erlangung einer sicheren Kenntniß des Schuldners von der Abtretung ihm gegenüber noch der Abtretende als Gläubiger legitimirt ist[20]), so stehen dem neuen Gläubiger auch die Einwendungen entgegen, welche sich aus in dieser Zeit zwischen dem gutgläubigen Schuldner und dem Abtretenden vorgenommenen Rechtsakten ergeben[21]).

Ferner haben wir gesehen, daß der Schuldner bis zum Empfang

---

16) Der neue Gläubiger kann nach § 952 BGB. die Urkunden auch vindiziren.

17) Also z. B. nicht bei bloßen Theilabtretungen (s. o. § 198 Ziff. 3). So mit Recht Dernburg § 142 Note 3. In solchem Falle kann der Cessionar nach Analeitung des § 444 i. f. BGB. Ertheilung einer öffentlich beglaubigten Abschrift der Urkunde oder eines Auszugs verlangen.

18) S. o. § 199 Ziff. 2c. Die Urkunde dient zu seiner Legitimation als Gläubiger. Zwar genügt nach den dortigen Ausführungen auch eine direkte Anzeige des alten Gläubigers an den Schuldner, und für die Abtretungsurkunde ist öffentliche Beglaubigung nicht vorgeschrieben. Aber der Besitz der beglaubigten Abtretungsurkunde ist für den Cessionar von höchstem Interesse, um Beanstandungen des Schuldners von vornherein auszuschließen. (Selbstredend kann sich der Cessionar auch mit einer nicht beglaubigten Urkunde begnügen.) Die Urkunde muß den Umfang der Abtretung erkennen lassen. Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 195.

19) Weil die Ausstellung lediglich in seinem Interesse erfolgt. — Ein entfernterer Rechtsnachfolger, an den die Forderung weitercedirt wurde, wird (dem oben Note 14 Gesagten entsprechend) die von dem Vormann versäumte Ausstellung der Urkunde nachfordern können. Er muß aber selbst die Kosten tragen (vorbehaltlich eventuellen Regresses gegen seinen Vormann).

20) S. o. § 199 Ziff. 2a.

21) Nicht blos Erfüllung an den bisherigen Gläubiger, sondern z. B. auch Erlaß der Schuld, Kündigung, Mahnung, eingeleitete Prozesse u. dgl. § 407 BGB.

der schriftlichen Abtretungsanzeige des alten Gläubigers dem Cessionar nicht zu leisten braucht[22]).

2. Abgesehen davon aber geht die Forderung so über, wie sie übertragen ist[23]). Demnach stehen dem neuen Gläubiger im Allgemeinen alle Einwendungen entgegen, die auch dem ursprünglichen Gläubiger entgegenstanden. War also z. B. die übertragene Forderung nichtig, oder erloschen[24]), oder bereits einem Anderen abgetreten[25]), so hat der Erwerber keinen Anspruch wider den Schuldner. Und wenn dem Anspruch des ursprünglichen Gläubigers eine Einrede entgegenstand, steht sie in derselben Weise auch dem neuen Gläubiger entgegen[26]). Gleichgültig ist, ob der Erwerber die Forderung vor Geltendmachung der Einwendung bereits einem Dritten weiter übertragen hat. Der Schuldner kann seine Einwendungen jedem Cessionar entgegensetzen, welcher fordert[27]). Dagegen ist auf den Zeitpunkt der Entstehung des Einwands zu sehen. Um dem Cessionar entgegengesetzt werden zu können, muß der Einwand zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet gewesen sein. D. h. der Rechtsgrund der Einwendung (so wie er sich aus dem konkreten Inhalt des Schuldverhältnisses ergibt) muß vor der Abtretung liegen, wenn auch der Einwand selbst sich erst nachher daraus entwickelt hat oder hervortritt[28]).

---

22) S. o. § 199 Ziff. 2c Note 28 ff. Andere einseitige, vom neuen Gläubiger wider ihn vorgenommenen Rechtsakte (Kündigung, Mahnung) kann er durch unverzügliche Zurückweisung unwirksam machen. § 410 BGB.

23) Daß die dem Abtretenden versprochene Gegenleistung dafür ohne Bedeutung ist, wurde schon erwähnt. (S. o. § 198 Note 34 über die Aufhebung der röm. lex Anastasiana). Der Cessionspreis richtet sich, wie bei anderen Abtretungen, nach Angebot und Nachfrage. Die Cession ist ein Verkehrsgeschäft. — Anders in den in § 201 unten besprochenen gesetzlichen Abtretungsfällen.

24) Z. B. bezahlt oder erlassen.

25) Vorbehaltlich der Abweichungen, die sich daraus ergeben, daß die kollidirende zweite Abtretung dem Schuldner früher als die erste bekannt resp. angezeigt wurde. S. § 408 BGB. u. oben § 199 Ziff. 2.

26) Es sei denn, daß der Einwand auf die Person beschränkt war, wie z. B. aus einem pactum de non petendo in personam als Stundung für die Gläubigerzeit des Cedenten. S. auch Prot. Bd. 1 S. 388: der Cedent als Ausländer kann wegen völkerrechtlicher Retorsion nicht fordern (obschon mir zweifelhaft ist, ob die Retorsionsvorschrift durch einfache Cession der Forderung sollte umgangen werden können).

27) Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 4 S. 330.

28) Z. B. dem Cessionar des Kaufpreises steht der Einwand der Entwährung von Seiten des Käufers auch dann entgegen, wenn die Entwährung selbst erst nach der Abtretung erfolgte. Bei gegenseitigen Verträgen, aus denen die eine Forderung cedirt ist, steht dem Cessionar die Einrede des nicht-erfüllten Vertrages (oben § 169) entgegen, auch wenn der Cedent erst nach der Abtretung nicht leistet. Ebenso, wenn dem Cedenten nach der Abtretung die

Von dem vorbesprochenen Grundsatz gibt es — im Interesse des gutgläubigen Verkehrs — zwei Ausnahmen.

a) War die abgetretene Forderung simulirt und ist sie unter Vorlegung einer zum Schein darüber aufgenommenen Urkunde abgetreten, so kann dem gutgläubigen Erwerber der Einwand des Nichtbestehens der Forderung nicht entgegengesetzt werden[29]). Dasselbe gilt für die simulirte Anerkennung einer Schuld, sowie für den Fall, daß eine wirklich existirende, aber zufolge Parteivereinbarung unübertragbare Forderung in einer Urkunde verbrieft war, welche die Unübertragbarkeit nicht erwähnte[30]). § 405 BGB. In allen diesen Fällen[31]) verstieße es gröblich wider Treu und Glauben, wenn der aus der Urkunde nicht ersichtliche Einwand dem gutgläubigen Erwerber entgegengesetzt werden könnte. Der Schuldner selbst hat hier durch die Beurkundung zur Täuschung Dritter beigetragen. Er kann daher den Mangel der Forderung wider den Cessionar nur mit dem Nachweis geltend machen, daß letzterer den wahren Sachverhalt kannte oder kennen mußte[32]). Ueberträgt der gutgläubige Erwerber die Forderung weiter, so ist die Geltendmachung des Einwands gegenüber dem weiteren Cessionar von dessen persönlichem guten oder schlechten Glauben abhängig[33]). Ebenso wenn ein schlechtgläubiger Erwerber die Forderung weiterübertrug[34]). Aber auch hier immer unter der Voraussetzung, daß die Uebertragung unter Vorlegung der Urkunde erfolgte[35]).

Gegenleistung unmöglich wurde oder wenn er mit derselben in Verzug geräth. §§ 323—326 BGB. Dem Cessionar steht entgegen, wenn das übertragene Recht auflösend bedingt war und die Bedingung nach der Abtretung eintritt.

29) S. über den allgemeinen Zusammenhang dieser Vorschrift oben Bd. I § 93 Ziff. 2a. Daselbst auch Note 9 für den Fall, daß keine Beurkundung stattgefunden hat. § 405 BGB. ist dann nicht anwendbar.

30) Auch hier unter der Voraussetzung, daß die Abtretung unter Vorlegung der Urkunde erfolgte.

31) Andere Fälle werden von der Vorschrift des § 405 nicht getroffen. S. schon Note 29. Ferner z. B. nicht der Fall, wo eine Darlehensurkunde in Erwartung der Valuta ausgestellt wurde, deren Zahlung alsdann unterblieb. Oder wenn neben der schriftlichen Vereinbarung über einen Vertrag noch sonstige Nebenabreden (z. B. nachträglich) getroffen sind, die in der Urkunde keine Erwähnung gefunden haben, sofern dies nicht absichtlich zur Täuschung Dritter geschehen ist. Simulation setzt Dolus voraus.

32) S. o. Bd. I § 111 i. f.

33) Also ist letzterer in mala fide, so steht ihm der Einwand der Simulation entgegen, trotzdem derselbe seinem Autor nicht entgegengestanden hatte. Man denke z. B. an den Fall einer Rückcession an den ursprünglichen Gläubiger.

34) Der Zweck der Vorschrift des § 405 könnte sonst durch die bloße Einschiebung eines Mitwissers als ersten Cessionar vereitelt werden.

35) Denn auf der Nichterkennbarkeit des wahren Sachverhalts aus der Urkunde beruht die ratio des § 405. — Nur die Konstruktion des Textes bleibt mit

b) Umgekehrt wird der Kreis der Einwendungen wider den neuen Gläubiger erweitert zum Zwecke der Aufrechnung mit Gegenforderungen, die dem Schuldner wider seinen bisherigen Gläubiger zustehen[36]). Aus dem sub Ziff. 1 Gesagten würde folgen, daß der Schuldner mit Gegenforderungen wider den bisherigen Gläubiger aufrechnen kann, bis er von der Abtretung sichere Kunde erhielt. Nach den Grundsätzen der Aufrechnung ist dies dahin zu präzisiren, daß es genügen muß, wenn bis zum gleichen Zeitpunkt nur die Aufrechenbarkeit der beiden Forderungen eintrat. Die Aufrechnungserklärung kann auch noch später — gegen den neuen Gläubiger — erfolgen[37]). Aber auch damit wird dem Verkehrsinteresse noch nicht ausreichend gedient. Häufig erwirbt der Schuldner eine Forderung in der Absicht, um damit aufrechnen zu können, und beide Forderungen sind noch nicht fällig als die Abtretung erfolgt. Hier wird die Aufrechnung durch die dazwischentretende Abtretung der Gegenforderung und Bekanntgabe der Cession an den Schuldner durchkreuzt; und dennoch wäre es ungerecht, hier niemals Aufrechnung zuzulassen, da doch der Abtretende durch sein einseitiges Vorgehen dem Schuldner die Aufrechnung abschneidet. Demgemäß sieht unser Recht darauf, ob der Schuldner im Augenblicke der Erlangung sicherer Kenntniß von der Abtretung schon eine wohlbegründete Rechtsaussicht auf die Aufrechnung hatte[38]). Dies ist der Fall

α. wenn er seine Forderung in aufrechenbarem Zustand vor Erlangung sicherer Kenntniß[39]) von der Abtretung erworben hatte;

β. wenn die Forderung in diesem Augenblicke[40]) wegen mangelnder Fälligkeit noch nicht aufrechenbar war, sofern sie nur früher oder gleichzeitig mit der abgetretenen Forderung fällig wurde[41]). § 406 BGB.

---

dem System der Schutzvorschrift überall in Einklang. Weder von den Motiven noch von den verschiedenen Schriftstellern werden die in Betracht kommenden Fragen gleichmäßig beantwortet.

36) Vorausgesetzt, daß die Aufrechnung gegenüber dem bisherigen Gläubiger zulässig war. Vgl. dazu Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 206.

37) S. o. § 193.

38) Dasselbe gilt entsprechend, wenn mehrere Abtretungen hintereinander erfolgt sind. Hier kann der Schuldner dem letzten Cessionar ganz mit derselben Maßgabe eine Forderung zur Aufrechnung entgegensetzen, die er gegen einen Zwischencessionar hatte. S. auch Dernburg § 140 zu Note 5.

39) Um so mehr, wenn er sie vor der Abtretung selbst in diesem Zustande erwarb. — Ein Erwerb nach Kenntniß der Abtretung schließt die Aufrechnung immer aus.

40) Um so mehr, wenn dem Schuldner seine Forderung schon im Moment der Abtretung der Gegenforderung zustand und der Zeitpunkt der Fälligkeit beider Forderungen in dem gleichen Verhältniß steht.

41) Also nicht später! Denn es verstieße gegen Treu und Glauben, wenn

In diesen Fällen darf also der Schuldner eine ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustehende Forderung auch noch dem Cessionar gegenüber[42]) zur Aufrechnung bringen[43]).

3. Endlich können dem Schuldner gegen den neuen Gläubiger auch aus dessen Person Einwendungen erwachsen. Z. B. kann der Schuldner von der Abtretung an gegen den neuen Gläubiger auch mit Forderungen aufrechnen, die ihm gegen diesen selbst zustehen. Er kann die Nichtigkeit der Abtretung geltend machen[44]) und demgemäß das Gläubigerrecht des Erwerbers bestreiten. Dagegen kann er keine Einwendungen vorbringen, die lediglich das interne Verhältniß zwischen den Abtretungsparteien berühren. Z. B. kann er das Cessionsgeschäft nicht anfechten aus Gründen, die nur dem Abtretenden ein Anfechtungsrecht verleihen[45]), und noch weniger solche Einwendungen erheben, die ausschließlich auf dem Cessionsgrunde beruhen[46]).

4. Gegen die Vorschützung aller dieser Einwendungen kann der neue Gläubiger sich durch ein verpflichtendes Anerkenntniß des Schuldners im Sinne der §§ 781 ff. BGB. schützen[47]). Ein solches liegt aber nicht schon in einer Anerkennung der Abtretung[48]), noch weniger in einem einfachen Gesuch um Zahlungsausstand u. dgl.[49]).

---

der Schuldner die Erfüllung bis zur Fälligkeit seiner eigenen Forderung verschleppen wollte, um alsdann statt der Erfüllung aufzurechnen. Hier hatte er keine Aussicht auf Aufrechnung.

42) Durch Aufrechnungserklärung in der gewöhnlichen Weise.

43) Dabei hat der Schuldner nur seine Gegenforderung resp. die Zeit des Erwerbs derselben darzuthun. Dem Cessionar liegt ob, nachzuweisen, daß der Schuldner zur Zeit dieses Erwerbs bereits sichere Kenntniß von der Abtretung hatte, andernfalls, daß die Forderung des Schuldners später fällig wird als die abgetretene Forderung. Vgl. die Fassung des § 406 u. oben Bd. I § 127 Ziff. II.

44) Z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Abtretenden, Scheincession, Fälschung der Abtretungsanzeige ꝛc. — Verpflichtet zu dieser Prüfung ist aber der Schuldner nicht, sofern er eine vom alten Gläubiger herrührende, nicht gefälschte Abtretungsanzeige erhielt. S. o. § 199 i. f.

45) Auf die vollzogene Anfechtung dagegen kann er sich nach Maßgabe der vorigen Note berufen.

46) S. o. § 197 Ziff. 2, auch z. B. Entsch. d. RG. Bd. 24 S. 162. Die Gültigkeit der Uebertragung wird durch diese Momente nicht beeinflußt.

47) S. u. § 305, und wegen eventueller Kondiktion des Anerkenntnisses (§ 812 Abs. 2 BGB.) u. §§ 317 ff.

48) Scil. ihrer Gültigkeit.

49) S. auch Dernburg § 140 Ziff. VI.

C. Uebertragung kraft Gesetzes. Subrogation.

§ 201.

Von den Fällen unfreiwilliger Uebertragung der Forderungsrechte[1]) ist civilistisch noch der gesetzliche Uebergang auf andere Personen zu erörtern. Hier vollzieht sich der Uebergang von selbst mit Eintritt des gesetzlich normirten Thatbestandes. Im Uebrigen finden die vorgetragenen Abtretungsgrundsätze entsprechende Anwendung. § 412 BGB.[2]). Dies gilt insbesondere von den Voraussetzungen der Uebertragbarkeit und von den Wirkungen der Uebertragung — einschließlich der verschiedenen Rechtsstellung des Schuldners zum alten und zum neuen Gläubiger vor und nach Kenntniß des Forderungsübergangs[3]).

Nur soweit das Verhältniß des alten und neuen Gläubigers auf dem Cessionsgrunde beruht, muß es sich beim gesetzlichen Forderungsübergang anders als bei freiwilliger Uebertragung gestalten. Vor Allem fällt jede Gewährleistungspflicht des alten Gläubigers für Bestand und Güte der Forderung fort[4]). Andere Abweichungen ergeben sich aus den Eigenthümlichkeiten des gesetzlichen Thatbestands, an welchen der Forderungsübergang geknüpft ist. In dieser Hinsicht unterscheiden wir Subrogationen und andere Forderungsübergänge.

I. Ein einfacher Forderungsübergang kraft Gesetzes tritt ein zufolge der Bestimmungen des ehelichen Güterrechts, welche das ganze Vermögen der Ehegatten oder einzelne Theile desselben gemeinschaftlich machen[5]). Soweit dazu Forderungsrechte gehören, bedarf es keiner Abtretung: der entsprechende Uebergang tritt von selbst ein. S. §§ 1438 Abs. 2, 1519 Abs. 2, 1549 BGB.

---

1) S. o. § 197 Ziff. 1 lit. b.

2) Diese erstreckt sich hiernach auf sämmtliche Bestimmungen der Cessionslehre mit Ausnahme der §§ 398, 405 u. 411 BGB., die ihrem Thatbestande nach eine freiwillige Abtretung voraussetzen.

3) S. o. §§ 198—200. Auch die Verpflichtung des alten Gläubigers zur Auskunftsertheilung und Ausstellung einer öffentlich beglaubigten Urkunde über den Forderungsübergang (§§ 402, 403 BGB.) bestehen hier gleichfalls: nur beschränkt sich der Inhalt der Urkunde naturgemäß auf eine Anerkennung des gesetzlichen Forderungsübergangs (vgl. § 408 Abs. 2 i. f.).

4) Das Gesetz kann ihm nur nehmen, was er selbst hat.

5) Vgl. über die verschiedenen Arten der Gütergemeinschaft der Ehegatten (allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschafts- und Fahrnißgemeinschaft) das Familienrecht.

Aehnlich gelten beim Erwerb eines Handelsgeschäftes unter Lebenden bei Fortführung der bisherigen Firma die im Betrieb des früheren Inhabers begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber[6]) als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben. § 25 Abs. 1 HGB.

II. Im Gegensatze dazu steht die Subrogation[7]). Diese ist Erwerb eines Forderungsrechts durch Abfindung des Gläubigers. Hier wird also der Gläubiger befriedigt — er erhält Erfüllung[8]). Aber nicht vom Schuldner, sondern von einem Dritten für den Schuldner. Der Dritte kann auch selbst Schuldner des Abgefundenen sein: z. B. wenn ein Gesammtschuldner für den anderen, der Bürge oder dritte Pfandbesitzer für den Haupt- oder persönlichen Schuldner leistet ꝛc. Entscheidend ist, daß er trotzdem durch seine Leistung den Anderen entlastet, das Schuldverhältniß des Gläubigers wider ihn[9]) aufhebt, sodaß der Gläubiger durch fremde Leistung abgefunden wird.

1. An diese Abfindung nun knüpft das Gesetz in manchen Fällen den Legalübergang der Forderung auf den Abfindenden. In der Leistung des Geschuldeten wird nicht blos Erfüllung gesehen, zu der gemeiniglich ein Dritter stets berechtigt ist[10]), sondern eine Leistung, die beabsichtigtermaßen den Gläubiger aus dem Schuldnexus ausscheiden und den Leistenden an seine Stelle treten läßt[11]).

---

6) Nicht im Verhältniß der Abtretungsparteien zueinander, vorbehaltlich des besonderen Inhalts ihres Vertrages. Z. B. wenn der Erwerber der Firma in Konkurs geräth, können die Forderungen regelmäßig ausgesondert werden.

7) Vgl. Stammler S. 200—205. Der Ausdruck subrogatio wird von den Motiven (Bd. 2 S. 673) selbst gebraucht. Er ist bezeichnend; denn der Abfindende soll in die Forderung des Gläubigers, die auf ihn übergeht, zur Erholung für die eigene gemachte Aufwendung einrücken. (Einer anderen Art von Surrogation begegneten wir schon oben Bd. I § 31 i. f. Diese ist mit der vorliegenden nicht zu verwechseln und wird von ihr passend auch durch die Ausdrucksweise unterschieden.) Man sprach im vorliegenden Falle auch wohl von fingirter Cession (cessio ficta). Abgesehen davon, daß sich an diesen Begriff mancherlei veraltete Zweifel knüpften, paßt der Ausdruck auf das moderne Verhältniß gar nicht. Eine Fiktion liegt in keiner Weise vor. Und ebensowenig eine Abtretung. S. darüber schon Regelsberger im Archiv f. civ. Praxis Bd. 63 S. 158 ff. u. unten Ziff. 2.

8) Resp. unter Umständen die bekannten Surrogate der Erfüllung.

9) S. o. § 139.

10) Arg. § 267 BGB. u. oben § 154 Ziff. 2.

11) Die Leistung tilgt also das Forderungsrecht trotz dessen Erfüllung nicht. Die Römer erklärten dies wie folgt: cum is qui.... accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est: non enim

Dazu bedarf es eines besonderen wirthschaftlichen Interesses an der Leistung auf Seiten des Abfindenden: kann auch der Gläubiger im Allgemeinen die von einem Dritten kommende Leistung nicht ablehnen, so erwirbt letzterer darum doch nicht in allen Fällen die Rechte des Gläubigers. Sondern nur da, wo das Gesetz ein hinreichendes Interesse an der Abfindung anerkennt. Dieses Interesse wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Leistende einen Regreßanspruch aus Auftrag oder nützlicher Geschäftsführung gegen den Schuldner hat[12]). Der Legalübergang der Forderung bezweckt, dem Leistenden die Sicherheiten zu verschaffen, welche dem Gläubiger wider den Schuldner zustanden. Der Leistende hat hiernach zwei Ansprüche: einen eigenen ex mandato etc. und den des Gläubigers ex iure cesso. Jeder derselben hat seine besonderen Vortheile, die der Leistende nach Bedarf ausnützen kann[13]). Z. B. der Anspruch aus Geschäftsführung[14]) gibt dem Leistenden ein Recht auf Zinsen des Verauslagten vom Tage der Zahlung; der Anspruch aus dem Recht des Gläubigers richtet sich auch gegen die für die Schuld bestellten Bürgen und Pfänder. Daher greifen denn auch die vom Gesetze anerkannten Subrogationsfälle über das Gebiet des Schuldrechts weit hinaus. Der Schwerpunkt ihrer Darstellung gehört in den Zusammenhang der Rechtsmaterien, welchen sie entnommen sind. Die Fälle gruppiren sich wie folgt:

a) Wer als Gesammtschuldner, Bürge oder unterhaltungspflichtiger Verwandter ꝛc. dem Gläubiger leistet, was er dem

---

in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones. Und ähnlich heißt es, daß pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, peremta videatur. L. 36 Dig. de fideiuss. 46, 1 und l. 76 Dig. de solut. 46, 3. Natürlich ist dies nur vergleichsweise gemeint (quodammodo — magis). Zwischen dem alten und dem neuen Gläubiger bestehen nicht sämmtliche Rechte und Pflichten des Käufers und Verkäufers. Aber irrig bricht Stammler S. 203 mit der historischen Entwickelung dieser Lehre, wenn er beim Abfindenden eine neue Forderung von gleichem Inhalt entstehen lassen will. Damit erklärt sich auch keineswegs der Fortbestand der Sicherheiten der Forderung im alten Range, zu deren Konservirung der Legalübergang vorzugsweise bestimmt ist (s. u.). Ebensowenig die Anwendbarkeit der Vorschriften §§ 406 407 ff. BGB. zu Gunsten des cedirten Schuldners (arg. § 412 eod.), und daß der Abfindende die Forderung im alten Bestande auch wieder weiterübertragen kann.

12) S. §§ 670, 683 BGB. und unten die entsprechenden Lehren. Hatte der Schuldner der Abfindung widersprochen, so bleibt noch der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. — Alles unter der Voraussetzung, daß der Abfindende nicht schenken wollte. Vgl. auch §§ 685, 814 BGB.

13) S. o. Bd. I § 121 Ziff. 3.

14) Aus beauftragter oder nicht beauftragter Geschäftsführung. S. §§ 256, 670, 683 BGB. u. unten §§ 253 ff.

letzteren nur zusammen mit einem Anderen (oder an seiner Statt) verschuldet, erwirbt mit der Leistung die Forderung des Gläubigers[15]). Vgl. §§ 426 Abs. 2, 774, 1607, 1709 BGB.[16]).

b) Wer durch die Zwangsvollstreckung oder Pfandrealisation eines Gläubigers in einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand Gefahr läuft, ein eigenes Recht an diesem Gegenstande oder den Besitz zu verlieren, kann den Gläubiger abfinden und tritt dadurch selbst in die Rechte des befriedigten Gläubigers ein[17]). §§ 268[18]), 1150, 1249 BGB.

Dieser Effekt kann sogar durch die Erfüllungssurrogate: Aufrechnung oder Hinterlegung des Geschuldeten für den Gläubiger[19]) herbeigeführt werden[20]). § 268 Abs. 2.

c) Der dritte Pfandbesitzer resp. Pfandschuldner kann, sobald die versicherte Forderung fällig oder der persönliche Schuldner zur Erfüllung berechtigt ist, den Gläubiger abfinden mit der Wirkung, daß er selbst in die Rechte des Gläubigers eintritt. Dieser Fall hängt mit den beiden oben erwähnten zusammen[21]). Der Eintritt des Leistenden

15) Um sie im obigen Sinne für seine Regreßansprüche wider den Anderen nutzbar zu machen.

16) Fälle des röm. beneficium cedendarum actionum, nur in konsequenter Ausgestaltung des darin enthaltenen Rechtsgedankens. Während das röm. Recht in den betreffenden Fällen (vgl. l. 25 § 5, l. 28 Dig. mandati 17, 1; l. 17, 36, 41 Dig. de fideijuss. 46, 1; l. 76 Dig. de sol. 46, 3) lediglich dem zahlenden Dritten ein Recht auf Abtretung der Ansprüche des Gläubigers einräumte — wobei noch bestritten war, ob letzteres schon vor der Zahlung geltend zu machen sei —, hat das moderne Recht die Zwangsabtretung für eine unnöthige Formalität erklärt und in den (übrigens dem röm. Recht gegenüber vermehrten) Fällen den Uebergang des Gläubigerrechts auf den zahlenden Dritten kraft Gesetzes verfügt. Vgl. über das röm. Recht Keil, Zur Lehre vom benefic. cedendar. actionum (1880) u. oben § 197 Note 13.

17) Fälle des röm. ius offerendi et succedendi (s. l. 12 § 9 Dig. qui pot. 20, 4), ebenfalls in reiferer Ausgestaltung. Der Abfindende braucht nicht Pfandgläubiger zu sein; er tritt nicht blos in den pfandrechtlichen Rang des abgefundenen Gläubigers ein, sondern erwirbt dessen ganze Forderung und mit ihr das Pfandrecht. Dies hat praktische Konsequenzen. In Folge des Eintritts in die gesammte Gläubigerstellung erwirbt der Zahlende auch die Rechte des Gläubigers wider andere Pfandobjekte, ja selbst gegen Bürgen der getilgten Schuld. Vgl. über das röm. ius offerendi et succedendi Voß in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 15 n. 8 u. Regely, Das ius off. (Berliner Diss. 1893).

18) S. darüber schon oben § 154 Ziff. 2.

19) S. schon römisch l. 1 Cod. qui pot. 8, 17.

20) Ueber den Fall der blos theilweisen Abfindung des Gläubigers (z. B. bei geringerer Höhe der aufzurechnenden Gegenforderung) s. u. Ziff. 2 lit. b. Wegen der Hinterlegung s. o. § 189 bes. Ziff. III.

21) Schon das röm. Recht gestattete eine hypothekarische Succession zu Gunsten des Käufers der Pfandsache, welcher den Kaufpreis zur Befriedigung der Pfandgläubiger verwendet, in die pfandrechtliche Stellung der abgefundenen Gläubiger, damit dem Käufer das Eigenthum nicht von den nachstehenden Pfandgläubigern der überlasteten Sache, zu deren Befriedigung der Kaufpreis nicht aus-

in die Rechte des abgefundenen Gläubigers erfolgt zu Regreßzwecken und um sich im eigenen Rechte an den Pfandobjekten zu erhalten[22]). S. §§ 1142 ff., 1225 BGB.

Auch hier kann die Befriedigung des abzufindenden Gläubigers mit gleicher Wirkung durch Aufrechnung oder Hinterlegung erfolgen. §§ 1142 Abs. 2, 1224 BGB.[23]).

2. Die Subrogation ist hiernach die gesetzliche Sondernachfolge in Forderungsrechte, auf Grund Befriedigung des bisherigen Gläubigers durch einen Dritten. Kraft Gesetzes scheidet der bisherige Gläubiger, weil und soweit er befriedigt ist, aus dem Schuldnexus aus[24]) und der Befriedigende tritt als Gläubiger in denselben ein: mit anderen Worten, die Forderung ist auf ihn übergegangen. Der Unterschied von der gewöhnlichen Uebertragung liegt darin, daß

a) gar kein Cedent im Rechtssinne vorhanden ist[25]). Der Erwerber der Forderung ist es, der in den meisten Fällen den Anstoß zu der Uebertragung gibt, indem er dem Gläubiger die Erfüllung anbietet; jedenfalls will der Gläubiger, indem er das Angebotene empfängt, die Forderung nicht für einen Preis abtreten, sondern lediglich Bezahlung empfangen. Daraus folgt: Während der Preis sich nach Angebot und Nachfrage richtet, also von der geschuldeten Leistung abweichen kann, erfolgt der Forderungsübergang hier schlechthin nur für den Betrag der Leistung[26]). Bei theilweiser Abfindung erfolgt daher der Eintritt in die Gläubigerrechte auch nur zum Theil, d. h. soweit wie die Abfindung geht. Für den Rest behält der Gläubiger seine Rechte.

Daher ist denn auch eine Garantie des ursprünglichen Gläubigers für Bestand und Güte der Forderung und namentlich für die damit

---

reicht, mit der Pfandklage wieder abgestritten werden konnte. Vgl. l. 17 Dig. qui pot. in pign. 20, 4; l. 3 Cod. de his qui in prior. 8, 19: in ius eorum successisti! Der Fall ist heute (wie oben) ausgestaltet durch Eintritt des Abfindenden in das gesammte Recht der abgefundenen Gläubiger, folglich auch in deren Rechte gegen andere Pfandobjekte und Bürgen. Mit der Forderung geht das Pfandrecht (als sog. Eigenthümerpfandrecht) über. S. darüber das Sachenrecht.

22) Also auch dann, wenn der Eigenthümer dem persönlichen Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist.

23) S. auch oben Note 20.

24) Er ist gewissermaßen ausgekauft. Vgl. o. Note 11. Ferner noch Hartmann, Die Obligation (1875) S. 51 ff.

25) Ein Uebergang der Forderung, aber keine Abtretung derselben findet statt. Der bisherige Gläubiger steht persönlich der Uebertragung fern. Er hat nicht abgetreten, sondern ist lediglich befriedigt. Die Forderung ist zwangsweise von ihm auf einen Anderen übertragen, ähnlich wie bei der gerichtlichen Ueberweisung (oben § 197 Ziff. 1 b.)

26) Auch für den Erwerber der Forderung ist also die Abfindung kein Spekulationsgeschäft, wie es z. B. der Forderungskauf sein kann.

verbundenen Sicherheiten mit dem Begriff der Subrogation schlechthin unverträglich. Der Gläubiger will *Zahlung* empfangen. Soll sie ihm wieder abgestritten werden, so ist dies nur nach den Grundsätzen zulässig, die für die Herausgabe einer irrthümlich gezahlten Nichtschuld gelten[27]).

b) Und wie der abgefundene Gläubiger dem Zahlenden zu nichts verpflichtet ist, so *geht er auch im Falle theilweiser Abfindung für den Rest der Forderung*[28]) *dem Subrogirten vor* (nemo subrogat contra se). Der Uebergang der Forderung kann also niemals zum Nachtheil des ursprünglichen Gläubigers geltend gemacht werden[29]). Vgl. §§ 268 i. f., 426 i. f., 774 S. 2 (1143, 1150, 1225, 1249), 1607 i. f., 1709 i. f.[30]). Darin liegt z. B., daß, wenn die Sicherheiten der Forderung nicht hinreichend sind, um sowohl den Abfindenden für seine Regreßansprüche als den ursprünglichen Gläubiger für den Rest seiner Forderung zu befriedigen, der Gläubiger wegen des nicht gedeckten Restes vorgeht. Ebensowenig braucht dieser in solchem Falle die Beweisurkunden über die Forderung herauszugeben[31]) noch über dieselbe Auskunft zu ertheilen, wenn dies seinen Interessen nachtheilig ist. Hierdurch wird die theilweise Zahlungsannahme für den Gläubiger gefahrlos gestaltet und im Interesse beider Theile erleichtert[32]).

Aus dieser Tendenz der cit. Gesetzesvorschriften ergibt sich auch der Vorrang des ursprünglichen Gläubigers vor dem Subrogirten für diejenigen Regreßansprüche des letzteren, *die nicht ex iure cesso erhoben werden*[33]). Diese selbständigen Forderungsrechte aus Auftrag

---

27) S. u. §§ 317 ff. Also in nicht anderer Weise wie sie ihm auch der Schuldner selbst, wenn er erfüllt hätte, würde abstreiten können. Daher fehlt dem Abfindenden regelmäßig jeder Anspruch, wenn zwar die Schuld, nicht aber die vorausgesetzten *Sicherheiten* derselben bestehen und der Hauptschuldner insolvent ist.

28) S. o. nach Note 26.

29) In direktem Gegensatz zu geschäftlichen Uebertragungen, wo Treu und Glauben verlangt, die dem Gegner eingeräumte Rechtsstellung nicht selber zu beeinträchtigen und zu verkümmern.

30) Uebrigens kann der abgefundene Gläubiger auf diesen lediglich zu seinen Gunsten bestehenden Schutz wirksam verzichten. Die Subrogation geht dann insoweit einfach in eine Cession über.

31) Vgl. § 402 BGB.

32) Hätte der Subrogirte sich dem Grundsatz des Textes entgegen *vor* dem ursprünglichen Gläubiger volle Befriedigung verschafft, so hat er diese, wenn sich die Unzulänglichkeit der Mittel herausstellt, dem Gläubiger nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. So auch *Stammler* S. 205 i. f. Auch schon vorher wird der ursprüngliche Gläubiger Sicherungsmaßregeln gegen eine derartige Uebervortheilung ergreifen können.

oder nützlicher Geschäftsführung, die sich sonst mit dem des ursprünglichen Gläubigers für den nicht gedeckten Rest durch Konkurrenz beschränken würden[34]), können hier nicht zu einer Beschränkung der Rechte des ursprünglichen Gläubigers führen, weil sonst der ganze Grundsatz der Rangordnung zwischen dem Gläubiger und Subrogirten durch bloße Aenderung des juristischen Gesichtspunkts über den Haufen geworfen würde. Die cit. Gesetzesvorschriften wollen allgemein die Theilzahlung begünstigen und demnach für den Gläubiger gefahrlos gestalten[35]).

Abgesehen davon können die gewöhnlichen Regreßansprüche des Zahlenden wider den Schuldner natürlich in vollem Umfang geltend gemacht werden, z. B. auf die Zinsen des Verauslagten vom Tage der Zahlung[36]). Umgekehrt sind sie sämmtlichen Einwendungen ausgesetzt, die sich aus dem persönlichen Verhältniß des Leistenden zum Hauptschuldner ergeben[37]).

c) Verschieden davon sind die Einwendungen, die dem Subrogirten als solchen (bei Geltendmachung der übertragenen Forderung) entgegenstehen. In dieser Hinsicht gelten die allgemeinen Grundsätze der Forderungsabtretung[38]); nur daß der Umfang der Abtretung sich hier nach dem Umfang der Zahlung bemißt[39]). Folglich können dem Subrogirten die Einwendungen entgegengesetzt werden, welche zur Zeit des Legalübergangs der Forderung wider den bisherigen Gläubiger begründet waren; ferner solche, die sich aus Rechtshandlungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner bis zur Kenntniß desselben von der Uebertragung ergeben. Arg. §§ 404, 407 BGB. Auch die Auf-

33) S. o. bei Note 12. Also für die Regreßansprüche des Zahlenden wider den Befreiten aus dem Grundverhältniß.

34) S. o. § 183.

35) Z. B. der Subrogirte kann für seinen Anspruch nicht mit der Restforderung des ursprünglichen Gläubigers im Konkurse über das Vermögen des Schuldners konkurriren. Ebenso steht sein Anspruch wider den Bürgen gegen den noch nicht gedeckten Rest der Hauptforderung zurück. Von selbst versteht sich der Grundsatz für pfandrechtliche Sicherheiten der Forderung, da der Anspruch ex mandato etc. nicht pfandrechtlich gesichert ist.

36) S. § 256 BGB. Ebenso, wenn die durch Subrogation übergegangene Forderung in kürzerer Zeit verjährt als die persönlichen Regreßansprüche des Leistenden.

37) Nicht blos aus Auftrag oder nützlicher Geschäftsführung, sondern auch aus sonstigen zwischen dem Abfindenden und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnissen, die zur Zahlung führten, z. B. Gesellschaft, Gemeinschaft (§§ 705 ff., 741 ff. BGB).

38) S. o. § 200 Ziff. II. Denn schließlich ist auch hier ein neuer Gläubiger an Stelle des alten getreten. — Nichtübertragbare Forderungsrechte können auch durch Subrogation nicht auf einen Anderen übergehen.

39) S. o. bei Note 26.

rechnungsbefugniß des Schuldners ist die gleiche wie bei freiwilligen Abtretungen[40]).

Aber auch hier wird das Ergebniß unter Umständen durch den Einfluß des persönlichen Rechtsverhältnisses zwischen dem Subrogirten und dem Schuldner durchkreuzt[41]). Ist der Subrogirte ein Bürge oder dritter Pfandschuldner, so bleiben auch bei Geltendmachung der Hauptforderung die aus dem persönlichen Verhältniß des Leistenden zum Hauptschuldner entnommenen Einwendungen unberührt[42]). §§ 774 Abs. 1 i. f., 1143, 1225 BGB. Ebenso wenn ein Gesammtschuldner oder Mitbürge den Gläubiger befriedigt, folgt aus dem Grundverhältniß, daß er den Anspruch ex iure cesso, geradeso wie seine persönlichen Regreßansprüche wider die Mitschuldner und Mitbürgen, nur antheilig (pro rata eines Jeden) geltend machen kann[43]). S. §§ 426 Abs. 2, 774 Abs. 2 BGB.

Soweit der Zahlende gar keine Regreßansprüche hat, z. B. weil er dem Hauptschuldner oder seinen Mitverpflichteten schenken wollte, findet kein Uebergang des Gläubigerrechts statt.

II. Schuldübernahme *.

§ 202.

A. Begriff, Voraussetzungen und Vollzug der Uebernahme.

1. Unter Aufrechterhaltung des bisherigen Schuldverhältnisses ist heutzutage auch ein Uebergang der Passivseite — also eine Ablösung von dem bisherigen Schuldner und Uebertragung auf einen neuen Schuldner möglich[1]). Aber weder durch Richterspruch noch kraft

40) S. o. § 200 zu Note 36 ff.

41) Aehnlich wie oben bei Note 33 ff. ein umgekehrter Einfluß zu bemerken war.

42) Danach ist z. B. ein Regreßanspruch überhaupt nicht oder nicht in diesem Umfang begründet. S. z. B. unten § 297 Note 22.

43) Unter Abzug des auf ihn selbst entfallenden Kopftheils. §§ 426 Abs. 1, 774 Abs. 2 BGB. S. darüber unten bei den Gesammtschulden § 207 i. f.

*) Vgl. Delbrück, Die Uebernahme fremder Schulden (1853); Gürgens in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 8 S. 221; Regelsberger in Endemann's Handb. des Handelsr. Bd. 2 S. 532; Unger, Schuldübernahme (1889); Adler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 3 S. 1; v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung (1895) S. 86 ff., sowie in Ihering's Jahrb. Bd. 39 S. 390, Bd. 40 S. 109; Kipp, das. Bd. 36 S. 336; Regelsberger, das. Bd. 39 S. 463; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 159 ff., 390 ff.; Brettner, Die Schuldübernahme beim Grundstückserwerb in den Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 42 S. 790. — Stammler S. 206 ff.; Dernburg §§ 155—159; Endemann I § 153; Cosack §§ 116, 117; Mathiaß I § 101; Enneccerus I §§ 228—230; Kipp zu Windscheid, Pand. II § 338.

Gesetzes, sondern einzig durch freiwillige Uebereinkunft. Diese Beschränkung liegt im Interesse des Gläubigers[2]). Dieser soll seinen Schuldner nicht ohne seinen Willen verlieren und dafür einen anderen bekommen. Denn die Person des Schuldners ist in der Regel keinem Gläubiger gleichgültig[3]).

Der Schuldübernahmevertrag[4]) setzt stets die Einwilligung des Gläubigers in die Freigabe des bisherigen Schuldners voraus (befreiende Schuldübernahme). Allerdings kann eine Schuldübernahme auch so vorkommen, daß der Gläubiger seinen bisherigen Schuldner nicht freigibt und dennoch eine neue Person in dessen Verpflichtungen eintritt. Dann haftet der neue Schuldner neben dem alten (sog. bestärkende Schuldübernahme). Dies ist in Wahrheit gar kein Schuldübergang. Denn rechtlich tritt ein neues Schuldverhältniß von gleichem Inhalt neben das alte[5]). Es entsteht eine Gesammtschuld[6]). Doch wird die bestärkende Schuldübernahme zweckmäßig hier eingeflochten[7]).

2. Von der Schuldübernahme, die eine Freigabe des bisherigen Schuldners durch den Gläubiger voraussetzt[8]), ist verschieden ein Vertrag, in welchem sich Jemand blos dem Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet. Ein solcher Vertrag ist gültig. Er kommt vor a) entweder so, daß der Gläubiger dadurch

1) S. o. § 197. — Dem röm. Recht war die Schuldübernahme unbekannt. Ein vertragsmäßiger Wechsel in der Person des Schuldners konnte nur durch Novation herbeigeführt werden. Dagegen entwickelte sich in der Expromission des Preuß. A.LR. I Tit. 14 §§ 399 ff., und reiner noch in Theorie und Praxis des späteren gemeinen Rechtes, der Gedanke an eine Sondernachfolge in die Schuld. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das Institut aufgenommen und einzelne Zweifelspunkte geordnet.

2) Kraft Gesetzes kommt es vor, daß Jemand für die Schuld eines Anderen selbst persönlich verpflichtet wird.

3) Denn der eine Schuldner ist zuverlässig und überhaupt solvent, der andere nicht u. s. w.

4) Zu bemerken ist noch, daß der Schuldübergang keine Sondernachfolge im oben Bd. I § 71 besprochenen Sinne darstellt. Denn es handelt sich prinzipiell nicht um den Uebergang von Rechten, sondern von Pflichten. Daher wirkt z. B. das gegen den ursprünglichen Schuldner ergangene rechtskräftige Urtheil regelmäßig nicht gegen den neuen Schuldner, man müßte denn den Ausdruck „Rechtsnachfolger" in §§ 265, 325 BGB. nur uneigentlich nehmen. S. dazu Hellwig S. 179 ff., Schollmeyer § 414 Note 4. Gaupp-Stein, CPO § 325 Ziff. III.

5) Aehnlich wie wenn ein Bürge neben den Hauptschuldner tritt. Nur wirthschaftlich wird „der Posten" auf den Uebernehmer erstreckt.

6) S. o. § 139 u. unten die Lehre von den Gesammtschulden.

7) Wo von ihr die Rede ist, wird dies ausdrücklich erwähnt. Unter „Schuldübernahme" ohne weiteren Beisatz verstehen wir nur die befreiende Schuldübernahme.

8) Ueber die Art und Weise s. u. Ziff. 3.

ein selbständiges Recht auf Befriedigung wider den Uebernehmer erlangt: dann liegt ein Vertrag auf Leistung an Dritte vor[9]). Oder b) so, daß nur der Schuldner das Recht hat, den Uebernehmer auf Erfüllung seiner Verpflichtung (Tilgung der Schuld) zu belangen[10]). In erster Linie wird dies durch Zahlung geschehen; aber möglicherweise bewirkt auch der Uebernehmer auf andere Weise die Befriedigung des Gläubigers[11]). Hier spricht man von Erfüllungsübernahme[12]).

3. Der Schuldübernahmevertrag ist (wie die Forderungsabtretung) ein abstrakter Vertrag. Warum der neue Schuldner eintritt, ist für die Gültigkeit der Uebernahme gleichgültig[13]). Sie kann auf Aufforderung des bisherigen Schuldners geschehen[14]), aber auch ohne solche[15]). Die näheren Gründe sind ein Internum zwischen dem alten und neuen Schuldner. Sie können von jeder Art sein[16]). Für das Zustandekommen der Schuldübernahme kommt es nur darauf an, ob der Uebernahmevertrag als solcher gültig ist. Darüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze der Verträge[17]).

Der Uebernahmevertrag kann auf doppelte Art geschlossen werden:

a) Zwischen dem Gläubiger und dem Uebernehmer. § 414 BGB. Hier ist keine Zustimmung, ja nicht einmal Kenntniß des bisherigen Schuldners erforderlich. Dieser wird befreit, indem der Gläubiger an seiner Statt[18]) die andere Partei als neuen Schuldner an-

9) S. o. §§ 179 ff.

10) S. § 329 BGB. u. oben § 180 Note 14 ff. — Verschieden davon ist wieder der Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger im Sinne oben § 188 Note 34.

11) Z. B. durch vertragsmäßige Aufrechnung oder auf andere Weise. Der Uebernehmer genügt seiner Verpflichtung gegenüber dem Schuldner dadurch, daß er dessen Befreiung auf irgend eine Weise erwirkt.

12) Kommt es nicht zu der beabsichtigten Schuldübernahme, so kann der Vertrag als Erfüllungsübernahme wirken. S. Hellwig S. 185 u. unten Ziff. 3 b.

13) Uebrigens kann der Grund auch hier, z. B. als Bedingung, in den Vertrag aufgenommen werden. Fällt hiernach der Uebernahmevertrag zusammen, so bleibt es bei der Verpflichtung des bisherigen Schuldners. Näheres in § 203 unten.

14) Wie bei der Delegation. S. o. § 187 III Ziff. 1. Hauptfall ist Auftrag des bisherigen Schuldners. Der neue Schuldner hat gegen den alten die Rechte aus § 670 BGB.

15) Wie bei der Expromission. S. daselbst i. f. Hauptfall ist unbeauftragte Geschäftsführung. Der neue Schuldner hat gegen den alten die Rechte aus §§ 683 ff. BGB.

16) Z. B. Lösung eines zwischen dem alten und neuen Schuldner bestehenden Schuldverhältnisses (Schuldübernahme als Leistung an den creditor creditoris), oder Begründung eines solchen (durch die Schuldübernahme kreditirt der Uebernehmer dem alten Schuldner) 2c. S. dazu Enneccerus I § 228 Ziff. IV.

17) S. o. Bd. I §§ 83 ff.

18) Es kommt darauf an, ob beim Vertragsschluß der Gläubiger in Ansehung des bisherigen Schuldners die Befreiungsabsicht hat. Dies

nimmt und dieſe ihm demgemäß verſpricht. Der bisherige Schuldner wird dadurch befreit, wie durch ſonſtige (vom Gläubiger angenommene) Leiſtung des Dritten[19]).

b) Der Vertrag kann aber auch zwiſchen dem Uebernehmer und dem bisherigen Schuldner geſchloſſen werden. Zufolge ſeines Inhalts: dem Gläubiger ſeinen Schuldner zu nehmen und einen anderen an deſſen Stelle zu ſetzen, enthält der Vertrag eine Verfügung über fremde Rechte[20]) und bedarf daher der Zuſtimmung des Gläubigers. § 415. Andernfalls bewirkt er die beabſichtigte Schuldübertragung nicht — iſt aber darum unter den Parteien nicht wirkungslos. Vielmehr kann er unter dieſen als bloße Erfüllungsübernahme wirken[21]), weil letztere nicht der Zuſtimmung des Gläubigers bedarf, und regelmäßig anzunehmen iſt, daß die Parteien ſich mit der minderen Wirkung begnügen wollen, wenn ſie die ſtärkere nicht erreichen können. Wird bei Vertragstreue des Uebernehmers doch auch auf dieſem Wege das wirthſchaftliche Endziel des Vertrages (die Befreiung des Schuldners durch den Uebernehmer) erreicht. Demgemäß verfügt § 415 Abſ. 3 im Zweifel die Geltung des Vertrages als Erfüllungsübernahme[22]).

---

iſt eine Frage der Auslegung, und in Ermangelung beſonderer Anhaltspunkte nicht anzunehmen. Vgl. dazu die Ausführungen oben § 187 Ziff. II.

19) S. § 267 BGB. u. oben § 154 zu Note 14.

20) Vgl. § 185 BGB. u. oben Bd. I § 84. So bereits Gürgens in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 8 S. 261 ff.; Unger, Schuldübernahme (1889), S. 14 und ſpeziell für das Bürgerliche Geſetzbuch Motive Bd. 2 S. 145, Regelsberger, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 39 S. 472 ff., Enneccerus § 228 Ziff. III, Schollmeyer § 415 Note 4.

21) S. o. Ziff. 2, ſowie Bd. I § 84 Note 6. — Nicht aber iſt der Vertrag zunächſt unter den Parteien eine bloße Erfüllungsübernahme, die dann dem Gläubiger angeboten und von ihm nach Art einer Offerte acceptirt wird, wodurch ſie ſich zur Schuldübertragung erweitert. Dieſe von v. Blume a. a. O., Hellwig S. 159 ff. angenommene Konſtruktion iſt nicht nur äußerſt künſtlich, ſondern widerſpricht zunächſt der Abſicht der Parteien, die ſofort eine Schuld-, nicht eine bloße Erfüllungsübernahme wollen. Ferner kennt unſer Geſetz keine derartigen Kollektivofferten; wo es aber Offerten kennt, ſind ſie regelmäßig bindend, während nach § 415 Abſ. 1 i. f. die Parteien ihren Vertrag noch ändern können. Endlich iſt das „Angebot" nach § 415 auch nur durch eine Vertragspartei zuläſſig. Man müßte hier alſo auch noch eine Vertretung der einen Partei durch die andere für das Angebot annehmen, und zwar eine ſtillſchweigende unwiderrufliche Vollmacht — eine reine Fiktion!

22) Im Zweifel! Es iſt den Parteien unbenommen, die geſammte Wirkſamkeit ihres Vertrages von der Bedingung abhängig zu machen, daß der Schuldnerwechſel zu Stande kommt. Haben umgekehrt die Parteien eine bloße Erfüllungsübernahme (Ziff. 2) beabſichtigt, ſo iſt der Vertrag gar nicht fähig, ſich durch Zuſtimmung des Gläubigers zu einer Schuldübernahme auszuweiten. Was gewollt war, iſt hier wie überall durch Auslegung feſtzuſtellen. Einen Anhaltspunkt gibt das unten bei Note 27 Geſagte.

Die Zustimmung des Gläubigers bringt also hier den Schuldnerwechsel zu Stande (vollendet die Schuldübertragung). Mit ihr gibt der Gläubiger den ehemaligen Schuldner frei und nimmt den Uebernehmer als neuen Schuldner an[23]). Die Zustimmung ist einseitiges Rechtsgeschäft des Gläubigers im Sinne der §§ 182 ff. BGB.[24]). Daher wird sie auch, weil dem Vertrage nachfolgend, „Genehmigung" genannt[25]). Daraus ergibt sich, daß die ertheilte Zustimmung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückwirkt (§ 184), der Uebernehmer also *schon von da ab* als Schuldner zu behandeln, der bisherige Schuldner entlastet ist. Die Genehmigung kann auch indirekt ertheilt werden, indem der Gläubiger den Uebernehmer thatsächlich als neuen Schuldner behandelt[26]). Weil die Genehmigung in dieser Weise (formlos) ertheilt werden kann, hat das Gesetz sie aber *von vorgängiger Mittheilung des Uebernahmevertrags an den Gläubiger* seitens der einen oder anderen Vertragspartei abhängig gemacht[27]). § 415 Abs. 1. Sonst gilt eine Erklärung des Gläubigers nicht als Genehmigung[28]). Damit steht in Verbindung, daß bis zu dieser Genehmigung[29]) *die Parteien ihren Vertrag noch immer durch gemeinschaftliche Uebereinkunft wieder aufheben oder abändern können*. Der Schuldübergang ist bis zur ertheilten Genehmigung des Gläubigers noch in der Schwebe[30]); kommt die Genehmigung nicht

23) Auch im Falle oben Note 9 ist eine Zustimmung des Gläubigers nicht erforderlich.

24) Daher hat die *Auslegung*, ob eine wahre oder nur eine bestärkende Schuldübernahme vorliege, in erster Linie nicht bei dem Zustimmungsgeschäft, sondern bei dem Inhalt *der zwischen dem Uebernehmer und dem alten Schuldner geschlossenen Uebereinkunft* einzusetzen.

25) Die oben Bd. I § 82 besprochenen Regeln finden Anwendung. Z. B. die Genehmigung kann formlos geschehen und der einen oder anderen Partei gegenüber erklärt werden. — Der Gläubiger kann auch in die Uebernahme im Voraus einwilligen; dann bedarf es keiner Genehmigung.

26) Z. B. Zins- oder Abschlagszahlungen von ihm annimmt u. dgl. Wegen Klaganstellung wider den Uebernehmer s. Entsch. d. RG. Bd. 19 S. 253. Vgl. noch das. Bd. 33 S. 184.

27) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme, oben Bd. I § 72 Ziff. 1 i. f. Diese stellt auch die Absicht der Vertragsparteien auf Schuldübernahme (im Gegensatz zu bloßer Erfüllungsübernahme) klar und schützt vor mißverständlichen Schlüssen auf ertheilte Genehmigung, wo der Gläubiger auf die Bedeutung des Vorgangs nicht aufmerksam gemacht worden war.

28) S. l. cit. „Die Genehmigung *kann* erst erfolgen, wenn ...."

29) Auf die erwähnte Mittheilung hin. Entscheidend ist der Moment des Zugangs der Erklärung des Gläubigers an die eine oder andere Vertragspartei (im Sinne des § 182 BGB.). Es ist nicht erforderlich, daß die Erklärung über die Genehmigung an diejenige Partei erfolgt, welche dem Gläubiger die Mittheilung von der Schuldübernahme gemacht hatte.

30) Die Parteien wissen regelmäßig nicht, ob der Gläubiger genehmigen wird; der Gläubiger weiß nicht, ob seine Genehmigung bei deren Eingang (Note 29)

wirksam zu Stande, so hat der Vertrag keine schuldübertragende Wirkung: der Uebernehmer wird dem Gläubiger nicht verpflichtet[31]). — Schließlich können auch hier wieder die Parteien auf Entscheidung des Gläubigers *provoziren*, indem der Eine oder Andere dem Gläubiger *eine geeignete Frist*[32]) *zur Erklärung über die Genehmigung bestimmt*[33]). In diesem Fall kann die Genehmigung vom Gläubiger nur bis zum Ablaufe der Frist erklärt werden[34]); andernfalls gilt die Genehmigung als verweigert[35]). § 415 Abs. 2.

Auf der anderen Seite enthält die *von dem Uebernehmer* an den Gläubiger gerichtete Mittheilung von dem Vertrage aber auch implicite ein Gesuch um Genehmigung *und damit einen Antrag*, daß der Gläubiger unter Entlassung des bisherigen Schuldners *den Anzeigenden als neuen Schuldner annehme*[36]). Dieser Antrag enthält also zugleich die Anbahnung eines Schuldübernahmevertrages *zwischen Gläubiger und Uebernehmer* im Sinne des § 414 BGB. (oben lit. a), welcher nach allgemeinen Grundsätzen mit Annahme des

---

die Uebereinkunft der Parteien auf Schuldübergang noch unverändert vorfindet. Das Zustandekommen der Schuldübernahme ist von allen diesen Momenten abhängig. S. jedoch unten Note 36 ff.

31) Also es kommt *nicht einmal eine bestärkende Schuldübernahme* zu Stande (weil sie gar nicht beabsichtigt war und in der einfachen Verweigerung der Genehmigung selbstverständlich auch keine modifizirte Annahme des Uebernehmers als Schuldner liegt. Eine dieserge stalt modifizirte Erklärung würde sich mit dem zu genehmigenden Vertrag nicht decken und daher wirkungslos sein). Der bisherige Schuldner bleibt selbstverständlich verpflichtet. — Ueber die mögliche Wirkung des Vertrages als Erfüllungsübernahme s. o. Note 22.

32) Wie z. B. in § 108 BGB. und in anderen Fällen. *Angemessenheit* der Frist wird hier nicht vom Gesetze verlangt. Jedoch versteht sich von selbst, daß die Frist zur Ueberlegung des Gläubigers und zum Transport der Erklärungen *hinreichend sein muß*. Sie kann aber auch länger sein. S. hierzu bes. *Romeick*, Fristbestimmung (1901) S. 49 ff.

33) Dies kann auch von Seiten *beider* Vertragsparteien geschehen, und entscheidet alsdann die kürzere, im Sinne der vorigen Note geeignete Frist. S. jedoch unten bei Note 39.

34) Die Erklärung muß vor Ablauf der Frist *zugehen*. Vgl. Bd. I § 88 und die Ausführungen über Fristbestimmung § 151 Note 8 ff.

35) Hinsichtlich der Beweislast gilt Folgendes: Der von dem Gläubiger in Anspruch genommene *bisherige Schuldner* muß den Schuldübernahmevertrag und die Genehmigung des Gläubigers innerhalb der gesetzten Frist darthun. Ebenso wenn der bisherige Schuldner wegen der Uebernahme Feststellungsklage erhebt. — Wird dagegen der *neue Schuldner* vom Gläubiger in Anspruch genommen und bestreitet die Schuldübernahme, so muß der Gläubiger die obigen Thatsachen beweisen (denn davon hängt sein Recht wider den Uebernehmer ab).

36) Dies läßt sich nicht um deswillen bestreiten, weil die Anzeige zunächst nur (s. o. Note 27) eine Erklärung zur Kenntnißnahme enthält. *Wo das Leben zwei Erklärungen nicht unterscheiden kann, dürfen auch juristisch keine verschiedenen Wirkungen daran geknüpft werden*. S. z. B. die Analogien in §§ 397, 780 ff. und speziell bei Willenserklärungen und Erklärungen zur Kenntnißnahme oben Bd. I § 104 zu Note 15.

Gläubigers: der zustimmenden Antwort an den Uebernehmer[37]) zu Stande kommt. Dies ist wichtig für den Fall, daß die Vertragsparteien nach § 415 Abs. 1 i. f. inzwischen ihren Vertrag wieder zurückgenommen oder geändert haben sollten. Denn der Vertragsantrag des Uebernehmers ist nach §§ 145, 148 BGB. unwiderruflich[38]). Ebenso wenn der Gläubiger dem ursprünglichen Schuldner die Genehmigung (nach § 415 Abs. 2) verweigert oder sie verspätet erklärt hatte, kann er den Vertragsantrag des Uebernehmers nach allgemeinen Grundsätzen immer noch annehmen[39]).

4. Die Schuldübernahme bezieht sich, wie die Forderungsabtretung, nur auf ein einzelnes Schuldverhältniß[40]), nicht auf ein gesammtes z. B. zweiseitiges Rechtsverhältniß[41]). Selbstredend muß das Schuldverhältniß gültig sein; unvollkommene Schuldverhältnisse[42]) können aber geradesogut wie vollkommene übernommen werden. Nach § 417 BGB. erlangt der Gläubiger wider den Uebernehmer keine größeren Rechte, als er wider den ursprünglichen Gläubiger hatte[43]). Besondere Ausschlußgründe der Uebertragung bestehen nicht, da letztere die Lage des Schuldners nur verbessert und der Gläubiger durch sein Einwilligungsrecht gedeckt ist[44]). Vielmehr liegt das soziale Problem für die Gesetzgebung hier darin, nicht zuzulassen, daß Vermögensbestandtheile, aus denen eine Schuld nach der Verkehrsauffassung in erster Linie Befriedigung finden soll, ohne die Schuld auf einen Anderen übertragen werden[45]). Davon noch unten.

---

37) Nicht an die andere Partei, der allerdings die Genehmigung nach dem oben Gesagten wirksam erklärt werden kann! — Die Wirkung tritt hier erst mit der Annahme ein (im Gegensatz zu oben bei Note 25).

38) S. o. Bd. I § 89. Hellwig S. 167 ff.; Dernburg § 156 Note 3 u. A.

39) Will sich der Gläubiger also gegen das Rücknahmerecht der Parteien aus § 415 Abs. 1 i. f. BGB. schützen, so muß er die ihm vom Uebernehmer gemachte Genehmigungsanzeige innerhalb der gewöhnlichen Antragsfrist an den Uebernehmer beantworten.

40) S. o. § 198 Ziff. 1. — Hier auf die Passivseite des Anspruchs.

41) Doch kann sich der Vertrag mit einer Cession kombiniren. S. § 198 Note 9.

42) S. o. § 140.

43) Es sei denn, daß sich mit der Uebernahme ein Anerkenntniß verbindet, und das Anerkenntniß der Schuld eine größere Wirksamkeit verleiht (was nicht immer der Fall ist, z. B. nicht nach §§ 656 Abs. 2, 762 Abs. 2 BGB.).

44) Theilweise Uebernahme ist möglich. Die beiden Schuldner haften als Mitschuldner nach dem näheren Inhalt des Vertrages.

45) Sonst hätten die Gläubiger das Nachsehen: der Vermögenserwerber, der zahlen kann, wäre nicht ihr Schuldner; und der Schuldner hätte möglicherweise keine Mittel mehr, um zu zahlen.

§ 203.

B. Wirkungen der Schuldübernahme.

I. Die Wirkungen der Schuldübernahme beschränken sich auf das Verhältniß des Uebernehmers zum Gläubiger. Dasjenige des Uebernehmers zum bisherigen Schuldner kommt für die Frage des Schuldtransports nicht in Betracht. Dies erklärt sich ohne Weiteres, wenn der Uebernahmevertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner zu Stande kommt[1]). Die vom neuen Schuldner übernommene Verpflichtung ist unabhängig davon, aus welchem Grunde er dem Gläubiger versprach[2]). Ist aber der Uebernahmevertrag zwischen dem alten und neuen Schuldner zu Stande gekommen unter Genehmigung des Gläubigers (§ 415), so können dem letzteren dennoch vom Uebernehmer keine Einwendungen entgegengesetzt werden, die auf dem Grunde der Schuldübernahme zwischen dem alten und neuen Schuldner beruhen. § 417 Abs. 2 BGB. Es kommt also auch in diesem Falle lediglich darauf an, ob der Uebernahmevertrag als solcher — in Ansehung der Transportfunktion — gültig und wirksam ist[3]). Ist er dies nicht, so kann er den Schuldübergang auch durch Genehmigung des Gläubigers nicht herbeiführen[4]); andernfalls führt er ihn ohne Rücksicht auf die sonstigen Beziehungen zwischen den beiden Schuldnern herbei[5]). Auf diese bezieht sich die Genehmigung nicht.

II. Gegenüber dem Gläubiger ist die Wirkung der Schuldübernahme die, daß bei fortdauernder Identität des Schuld-

1) Direkt, oder auf dem oben § 202 bei Note 86 ff. bezeichneten Wege.

2) S. o. § 202 Ziff. 3. — Der Grund ist in dem Bd. I § 74 i. f. u. 75 bezeichneten Sinne zu verstehen: als Grund oder Zweck der in der Verpflichtung des Uebernehmers liegenden Zuwendung an den bisherigen Schuldner.

3) Z. B. unwirksam wäre er auch, wenn der Schuldübergang an eine Bedingung geknüpft ist und die Bedingung ausfällt. — Ungültig ist er auch, wenn er (z. B. wegen Irrthums, Betrugs ꝛc.) anfechtbar und vom Anfechtungsberechtigten angefochten ist. S. o. Bd. I § 80.

4) Der Uebernehmer ist nicht (resp. nach erfolgter Anfechtung nicht mehr) verpflichtet; die Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners hat niemals aufgehört.

5) Diese Beziehungen geben lediglich Veranlassung zu internen Ansprüchen zwischen den beiden Schuldnern, je nach dem materiellen Rechtsgrunde der Uebertragung (vor Allem zu Bereicherungsansprüchen §§ 812 ff. BGB.). S. Schollmeyer § 417 Note 2. Dagegen kann der Uebernehmer dem Gläubiger niemals entgegensetzen, daß er den Gegenwerth für seine Schuldübernahme von dem bisherigen Schuldner noch nicht erhalten habe, sofern die Leistung des Gegenwerths nicht zu einer Bedingung des Schuldübernahmevertrages selbst gemacht ist (s. o. Note 3).

verhältnisses der Uebernehmer an Stelle des bisherigen Schuldners tritt. § 414 BGB. Darin liegt:

1. Der Gläubiger hat gegen den Uebernehmer dieselben Rechte, wie gegen den ursprünglichen Schuldner[6]). Der Uebernehmer kann daher dem Gläubiger sämmtliche Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dessen bisherigem Rechtsverhältnisse zum ursprünglichen Schuldner ergeben[7]). § 417 Abs. 1 S. 1. In der bisherigen Beschaffenheit — mit allen bis dahin entstandenen Vorzügen und Mängeln — ist die Schuld übergegangen. Und zwar ist maßgebend die Zeit des Abtretungsvertrages[8]), sofern der Einwand zu dieser Zeit wider den Gläubiger rechtlich begründet war[9]).

Daraus ergibt sich auch die Behandlung der Aufrechnung mit Forderungen des bisherigen Schuldners[10]). Diese ist dem Uebernehmer gänzlich versagt, sofern nicht der bisherige Schuldner die Aufrechnung bereits erklärt hatte. Denn erst dann besteht gegen die Schuld ein (rechtsverneinender) Einwand[11]). Vgl. § 417 Abs. 1 i. f.

2. Konsequent müßte der Gläubiger, da das Schuldverhältniß dasselbe bleibt, auch mit Beziehung auf dritte Personen alle seine Rechte behalten. So vor Allem gegen Bürgen und dritte Pfandbesitzer eines für die Schuld verhafteten Gegenstandes. Davon macht aber das Gesetz im Interesse der Billigkeit weittragende Ausnahmen. § 418. Schlechthin bestehen bleiben nur gesetzliche Pfandrechte[12]) und Bürg-

6) Auch die etwaigen Nebenrechte, z. B. auf eine noch nicht verfallene Vertragsstrafe (sie sei denn im Uebernahmevertrag ausgeschlossen). Anderseits hat der Gläubiger wider den Uebernehmer nicht mehr Rechte als gegen den ursprünglichen Schuldner. S. z. B. Entsch. d. RG. Bd. 32 S. 221 ff. — Wegen der Rechte gegen Dritte s. u. Ziff. 2.

7) Nicht aus einem dem bisherigen Schuldner persönlich zustehenden Anfechtungsrecht der Forderung oder aus anderen persönlichen Rechten des Schuldners, die mit der Forderung nicht zusammenhängen. Dagegen inhärirt die Einrede des Nothbedarfs in ihrer modernen Gestalt der Forderung (Schenkung: § 519 BGB.), steht also auch dem Schuldübernehmer zu.

8) Auch wenn er zwischen dem alten und dem neuen Schuldner unter Genehmigung des Gläubigers geschlossen ist (da die Genehmigung zurückwirkt). A. M. Dernburg § 157 Ziff. I i. f.

9) In dem oben § 200 bei Note 28 besprochenen Sinne. Z. B. der Uebernehmer der Kaufpreisschuld kann dem Verkäufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Mängel der Kaufsache oder eine Entwährung der letzteren entgegensetzen, auch wenn der Verkäufer erst nach der Schuldübernahme nicht leistet oder wenn erst nachher die Entwährung erfolgt oder die Mängel entdeckt werden u. s. w.

10) Vgl. bei der Cession oben § 200 Note 36 ff.

11) S. o. §§ 191 ff. über das Recht der Aufrechnung. — Vorher hat der Uebernehmer aus der Aufrechnungsbefugniß des ursprünglichen Schuldners keine Einwendung. Dessen Rechte sind nicht seine Rechte.

12) Wegen Pfändungspfandrechten s. Schollmeyer § 418 Note 2a.

schaften. Dagegen erlöschen die betreffenden vertraglichen Sicherungsrechte[13]). Hypotheken werden so behandelt, wie wenn der Gläubiger bei Bewilligung der Schuldübernahme auf die Hypothek verzichtet hätte, d. h. verwandeln sich in eine Eigenthümerhypothek[14]). Anders nur, wenn die Bürgen oder dritten Pfandbesitzer[15]) in die Schuldübernahme einwilligen. Der Grund liegt darin, daß die vertraglich übernommene Sicherheit nur für den bisherigen Schuldner (mit Rücksicht auf dessen Person und vermuthliche Leistungsfähigkeit) übernommen ist. Es verstieße gegen den Vertrag, statt dessen eine beliebige andere Person als Hauptschuldner unterzuschieben. Für diese braucht der Bürge oder Pfandschuldner nicht einzustehen. Doch kann er sein Einstehen auf sie erstrecken, und zwar genügt dazu einfache Zustimmung zum Uebernahmevertrage[16]). Im Falle der nach § 415 BGB. vorgenommenen Schuldübernahme ist sie von der Genehmigung des Gläubigers abhängig[17]). Auch kann durch nachträgliche Zustimmung ein neuer Sicherungsvertrag für das modifizirte Schuldverhältniß zu Stande kommen[18]). Uebernimmt der Pfandschuldner selbst die persönliche Schuld, so liegt in der Uebernahme regelmäßig auch die Einwilligung in das Fortbestehen des Pfandrechts.

Schlechthin erlöschen mit der Schuldübernahme die konkursmäßigen Vorzugsrechte[19]) des Gläubigers gegenüber dem alten Schuldner. § 418 Abs. 2. Es versteht sich von selbst, daß durch

13) Die daraus sich ergebenden Verpflichtungen des Gläubigers (z. B. Löschungsbewilligung einer zu seinen Gunsten bestehenden Vormerkung, Rückgabe der Pfandsache an den Verpfänder) sind im Sachenrecht zu erörtern. Wegen der Hypotheken s. noch unten Note 14.

14) S. §§ 1165, 1168, 1175 BGB.

15) Die Personen, denen der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört. § 418 Abs. 1 i. f.

16) Im Sinne der §§ 182, 183 BGB. (Bd. I § 82). Bestritten ist, ob auch eine nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) genügt. Doch spricht § 418 BGB. ausdrücklich nur von Einwilligung; mangels derselben sind im Augenblick des Uebernahmevertrags die betreffenden Bürgschaften und Pfandrechte erlöschen. Auch die Rückwirkung der Genehmigung kann erworbene Rechte Dritter aus dem Erlöschen nicht beseitigen, selbst wenn man ein Wiederaufleben der erloschenen Rechte aus der Rückwirkung annehmen wollte.

17) Denn bevor der ursprüngliche Schuldner nicht freigegeben worden ist, kann von einem Erlöschen der für ihn bestellten Sicherheiten keine Rede sein. Keinen der bisherigen Betheiligten berührt es in seinen Rechten, wenn sich daneben noch ein Anderer verpflichtet.

18) Eine neue Verbürgung oder Pfandbestellung. An sich liegt in der nachträglichen Erklärung des Bürgen oder Eigenthümers der Pfandsache nur ein Vertragsantrag. Hinsichtlich der Frage seiner Annahme gelten die allgemeinen Grundsätze (s. o. Bd. I §§ 86 ff., 89 ff.). Bei Bürgschaft muß § 766 BGB., bei Pfandbestellung die betreffenden sachenrechtlichen Formvorschriften beachtet werden.

19) Vgl. § 61 KO. u. oben § 183 Ziff. 3.

Privatverfügung die gesetzliche Rangordnung der Gläubigerschaft nicht verändert werden kann[20]).

3. Nach der Schuldübernahme können dem Uebernehmer aus seinem persönlichen Verhältniß zum Gläubiger neue Einwendungen erwachsen[21]). Z. B. kann er mit eigenen Gegenforderungen wider den Gläubiger aufrechnen. Und wenn der Schuldübernahmevertrag als solcher nichtig[22]) ist, erlangt der Gläubiger gegen den neuen Schuldner überhaupt keine Rechte. Dagegen kann dieser ein dem ursprünglichen Schuldner zustehendes Anfechtungsrecht nicht ausüben und noch viel weniger dem Gläubiger solche Rechte einwenden, die sich aus dem Grunde des Schuldübernahmevertrags zwischen ihm und dem alten Schuldner ergeben[23]).

4. Gegen Vorschützung der genannten Einwendungen kann der Gläubiger sich durch ein verpflichtendes Anerkenntniß des Uebernehmers schützen[24]). § 781 BGB. Ein solches liegt aber nicht schon in einer Anerkennung der Gültigkeit der Schuldabtretung oder in einem einfachen Gesuch um Zahlungsausstand 2c.

III. Gleiche Grundsätze gelten im Allgemeinen bei der bestärkenden Schuldübernahme. Bürgschaften und Pfandrechte bleiben aber hier — mangels Entlastung des bisherigen Schuldners — bestehen[25]).

C. Besondere Fälle.

§ 204.

1. Uebernahme von Hypothekenschulden.

Ein besonders häufiges Geschäft ist beim Grundstückserwerb die Uebernahme von Hypothekenschulden, mit denen die erworbene Sache belastet ist. Diese Schulden werden gewöhnlich auf den Kaufpreis oder die sonstige Gegenleistung des Erwerbers übernommen, d. h. um so viel weniger bezahlt[1]). Das hier Ersparte soll[2]) an den

20) Mit Recht betont Dernburg § 157 i. f., daß das Vorrecht gegen den Uebernehmer ein ganz anderes wäre, als das gegen den bisherigen Schuldner.

21) Wie bei der Forderungsabtretung dem Schuldner gegen den Cessionar. S. § 200 II Ziff. 3.

22) Oder infolge durchgeführter Anfechtung vernichtet.

23) S. o. Ziff. I.

24) S. darüber unten § 305, — und wegen Kondiktion des Anerkenntnisses (§ 812 Abs. 2 BGB.) u. §§ 317 ff.

25) Sichern aber natürlich auch nur die Verpflichtung des bisherigen Schuldners.

1) Anderseits ist diese Art von Schuldübernahme auch bei unentgeltlicher Veräußerung des Grundstücks nicht ausgeschlossen. — Es muß aber eine Ver-

Gläubiger bezahlt und damit zugleich die hypothekarische Verhaftung des Grundstücks beseitigt werden[3]). Da der Erwerber des belasteten Grundstücks als solcher dem Gläubiger doch haften würde[4]), belästigt ihn die persönliche Schuldübernahme nicht sehr[5]), und so dient das Geschäft den Interessen aller Theile — vor Allem aber den Interessen des Realkredits[6]). Daher wird diese Schuldübernahme vom Gesetz besonders begünstigt. § 416[7]).

1. Nach Lage der Sache handelt es sich hier um einen Schuldübernahmevertrag, der zwischen dem Erwerber des Grundstückes (als Uebernehmer) und dem Veräußerer desselben (als ursprünglichen Schuldner) geschlossen wird. Dieser Vertrag bedarf, um den Schuldübergang zu bewerkstelligen, nach § 415 BGB. der Genehmigung des Gläubigers[8]). Jedoch bestimmt hier schon das Gesetz selbst eine Frist für die Genehmigungserklärung[9]) — nämlich 6 Monate vom Empfang der unten beschriebenen Mittheilung[10]) an; mit der Folge, daß ein Stillschweigen des Gläubigers innerhalb der Frist als Genehmigung gilt, falls nicht schon vorher der Gläubiger seine Zustimmung dem Veräußerer gegenüber verweigert hatte. Abs. 1. Durch Trägheit und Schwäche des Gläubigers soll hier die dem Verkehrs-

äußerung (im oben Bd. I § 74 II Ziff. 3 besprochenen Sinne) oder wenigstens eine vertraglich übernommene Verpflichtung zur Veräußerung des Grundstücks vorliegen. Vgl. Hellwig S. 415 ff. u. Cit.

2) Sei es unmittelbar oder später (bei Fälligkeit der Schuld).

3) Wenn auch nach § 1163 BGB. eine Eigenthümerhypothek daraus entsteht. Diese bringt dem Eigenthümer selbst Vortheile.

4) Da die Hypothek auf der Sache ruht und mit dieser auf dritte Erwerber der letzteren übergeht. S. über die Realschuldverhältnisse schon oben § 138 Note 30.

5) Statt daß er mit dem Werth des Grundstücks haftet, haftet er nunmehr mit seinem ganzen Vermögen, während der ursprüngliche persönliche Schuldner frei wird.

6) Der Gläubiger müßte sonst eventuell den Erwerber und den Veräußerer des Grundstücks verklagen, um zu seinem Gelde zu kommen (ja, wenn das Grundstück durch mehrere Hände gegangen ist, unter Umständen eine ganze Anzahl von Personen). Der Veräußerer würde immer noch haften, trotzdem die Schuld doch wesentlich nicht mit Rücksicht auf seinen Personalkredit, sondern auf den Realkredit des Grundstücks kontrahirt wurde. Nachdem er dieses verloren hat, fehlt häufig jedes Interesse, ihn noch weiter haften zu lassen.

7) Vorbild ist nicht sowohl das preuß. Eigenthumserwerbsgesetz v. 5. Mai 1872 § 41, als das bayr. Gesetz v. 9. Mai 1886 Art. 1 N. 2.

8) S. o. § 202 Ziff. 3b. — Ist der Veräußerer nicht persönlicher Schuldner (sondern nur Pfandschuldner), so kommt § 416 BGB. nicht zur Anwendung. Z. B. nicht bei Grundschulden. — Der Erwerber kann von einem etwaigen Dritten als persönlichen Schuldner dessen Schuld nur nach § 415 übernehmen.

9) Im Gegensatz zu § 202 Note 32 ff.

10) Der Mittheilung des Uebernahmevertrages, von der im Allgemeinen schon oben § 202 Note 27 die Rede war.

interesse entsprechende Entlastung des bisherigen Eigenthümers (der Uebergang seiner persönlichen Verpflichtung auf den Erwerber) nicht hintangehalten werden.

a) Uebrigens kann die Genehmigung des Gläubigers hier nur auf Mittheilung des bisherigen Schuldners (Veräußerers) hin erfolgen. Weil der Veräußerer hauptsächlich an dem Zustandekommen der Schuldübernahme interessirt ist, und zur Vermeidung von Verwickelungen nur Einer die Sache in die Hand nehmen soll[11]). Doch kann der Grundstückserwerber gegenüber seinem Kontrahenten (aus dem Vertrage) die Mittheilung an den Gläubiger verlangen, und hat auch ein Recht auf Benachrichtigung von dem Ergebniß (weil davon seine Haftung abhängt). Abs. 3[12]).

b) Die Mittheilung des Veräußerers kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigenthümer des Grundstücks in das Grundbuch eingetragen worden ist[13]). Denn erst hierdurch wird die Rechtsstellung des Erwerbers definitiv, sodaß dem Gläubiger ein definitiver Entschluß angesonnen werden kann. Doch kann letzterer den Entschluß auch früher fassen, und ist die frühere Mittheilung diesenfalls nicht ungültig[14]).

c) Auch muß die Mittheilung (im Gegensatz zu § 415) in schriftlicher Form geschehen[15]). Sie muß nämlich den Hinweis darauf enthalten, daß beim Stillschweigen des Gläubigers innerhalb der oben erwähnten 6 Monate[16]) der Uebernehmer an die Stelle des bisherigen Gläubigers treten werde. Abs. 2[17]). Ohne ausreichende Verwarnung kann das Präjudiz nicht eintreten[18]).

---

11) Doch kann eine vom Erwerber des Grundstücks gemachte Anzeige auch hier als besondere Vertragsofferte im Sinne des § 414 BGB. in Betracht kommen. S. u. Ziff. 2.

12) Andernfalls wird der Veräußerer dem Erwerber aus der Unterlassung schadenersatzpflichtig. — Die hier besprochenen Rechte bestehen nur im Verhältniß des Grundstückserwerbers zum Veräußerer.

13) S. dazu §§ 873, 925 BGB. und die Lehre vom Eigenthumserwerb an Grundstücken.

14) Z. B. die unmittelbar nach der Auflassung gemachte Mittheilung. Hier ist aber ein positiver Entschluß des Gläubigers erforderlich. Schweigen im Sinne des § 416 Abs. 1 i. f. genügt nicht. Dernburg § 159 III Ziff. 1.

15) S. § 126 BGB. u. oben Bd. I § 87 Ziff. 3a. Es ist eigenhändige Unterschrift des Veräußerers erforderlich.

16) Genauer: falls nicht vor Ablauf der Frist die Verweigerungserklärung des Gläubigers bei dem Veräußerer eingeht. S. o. Bd. I § 88 Ziff. 2.

17) Schwierigkeiten macht unter Umständen die richtige Adresse. Vgl. z. B. Entsch. d. RG. Bd. 35 S. 230.

18) Mittheilung der Schuldübernahme im Anschluß an die Veräußerung des Grundstücks „unter Bezugnahme auf § 416 BGB." wird aber genügen.

d) Da schon das Stillschweigen des Gläubigers innerhalb der Frist eine Genehmigung der Schuldübernahme enthält, so folgt, daß die Genehmigung auch in anderer formloser Weise (an den Veräußerer oder an den Uebernehmer) erklärt werden kann[19]). Dagegen ist zu einer gültigen Verweigerung der Genehmigung rechtzeitige Erklärung an den Veräußerer zu verlangen[20]). Arg. § 416 Abs. 1 i. f.

2. Alle diese Vorschriften sind zwingend in dem Sinne, daß mangels Beobachtung derselben die sechsmonatige Frist mit dem Präjudiz der Genehmigung des Gläubigers nicht in Gang kommt[21]). Abgesehen davon können die Parteien vereinbaren, was sie wollen. Z. B. können sie vorzeitige oder nicht schriftliche Benachrichtigung des Gläubigers für zulässig erklären, ja überhaupt den ganzen § 416 ausschließen und die Schuldübernahme im Wege des § 415 BGB. vollziehen[22]).

Ebenso kann, selbst wenn die Parteien den § 416 beobachten, die Schuldübernahme immer noch unabhängig davon nach § 414 BGB. zu Stande kommen, indem der Grundstückserwerber seinerseits[23]) dem Gläubiger die Uebernahme mittheilt, und letzterer den darin liegenden Antrag des Uebernehmers annimmt[24]).

3. Der Grundstückserwerber kann auch hier dem Gläubiger sämmtliche Einwendungen entgegensetzen, die der Veräußerer ihm zur Zeit der Schuldübernahme entgegensetzen konnte[25]). Dies ist um deswillen hervorzuheben[26]), weil, wenn die Lasten auf

---

19) Arg. § 182 BGB. Eventuell auch durch Klage wider den Uebernehmer. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 19 S. 255.

20) Dernburg § 159 III Ziff. 5; Schollmeyer § 416 Note 3b. Im Uebrigen kann auch die Verweigerungserklärung formlos sein. Doch wird der Gläubiger gutthun, sich den Beweis zu sichern (wozu die Absendung eines eingeschriebenen Briefes an den Veräußerer genügt).

21) Wer sich auf die vollzogene Schuldübernahme beruft, muß das Vorhandensein dieser Voraussetzungen (insbesondere der schriftlichen Mittheilung und des Ablaufs von 6 Monaten seitdem) beweisen. Der Gegner hat den Beweis zu führen, daß innerhalb der Frist die Verweigerung der Genehmigung erklärt worden sei. S. vor. Note.

22) In diesem Falle kommt dann insbesondere auch § 415 Abs. 2 Satz 2 zur Anwendung, der in § 416 Abs. 1 i. f. für unsern Fall ausgeschlossen wird. An Stelle der sechsmonatigen Frist tritt die von den Parteien gesetzte. Nichterklärung des Gläubigers innerhalb dieser Frist gilt als Verweigerung der Genehmigung ꝛc. Vgl. auch Schollmeyer § 417 Note 4.

23) Also unabhängig vom Veräußerer und bisherigen Schuldner, der die Mittheilung nach Ziff. 1a zu bewerkstelligen hat.

24) S. o. § 202 Note 36ff.

25) S. § 417 BGB. u. oben § 203 Ziff. II.

26) Es war auch im bisherigen Rechte zweifelhaft. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 403, Bd. 7 S. 220 ff.

den Kaufpreis oder die sonstige Gegenleistung des Erwerbers übernommen sind, gezweifelt werden könnte, ob der Erwerber an der Vorschützung dieser Einwendungen wider den Gläubiger ein Interesse habe[27]). Indessen sowenig wie der Uebernehmer nach § 417 Abs. 2 dem Gläubiger Einwendungen aus seinem der Uebernahme zu Grunde liegenden Verhältniß mit dem Schuldner entgegensetzen kann, ebensowenig kann sich der Gläubiger wider den Uebernehmer auf jenes Verhältniß berufen. Das Gesetz hat die Schuldübernahme abstrakt gestellt; ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen sind im gewöhnlichen Wege unter den Betheiligten auszugleichen[28]).

War die Genehmigung des Gläubigers verweigert und kommt die Schuldübernahme auch nicht nach § 414 zu Stande, so bleibt der Veräußerer persönlich verpflichtet. Der Erwerber haftet dem Gläubiger hypothekarisch[29]). Daneben ist er regelmäßig dem Veräußerer verpflichtet, dessen persönliche Schuld an den Gläubiger zu berichtigen[30]). § 415 Abs. 3.

4. Die Vorschriften des § 416 BGB. werden auch auf die Zwangsversteigerung von Immobilien entsprechend angewendet. § 53 RG. über die Zwangsversteigerung v. 24. März 1897. Soweit nach diesem Gesetze Hypotheken auf dem versteigerten Grundstück liegen bleiben[31]) und der subhastirte Schuldner für dieselben persönlich haftete, kann die Hypothek auf den Steigpreis übernommen werden. Der Schuldner ist als Veräußerer im obigen Sinne zu behandeln.

In diesem Fall wird das Prinzip sogar auf Grundschulden[32]) erstreckt[33]), wenn der subhastirte Schuldner zugleich persönlich haftet

---

27) Mit Beziehung auf §§ 157, 242 BGB.

28) Vgl. u. §§ 317 ff.

29) S. o. Note 4.

30) Also auch soweit dies die hypothekarische Verhaftung des Erwerbers übersteigt. Es folgt aus der in der Schuldübernahme im Zweifel liegenden Erfüllungsübernahme. S. o. § 202 Ziff. 2 u. 3 zu Note 22. — Muß der Veräußerer dennoch bezahlen, so hat er nicht bloß aus dem Uebernahmevertrage (der durch ein zu vertretendes Verhalten des Schuldners unerfüllt blieb) Regreß gegen den Erwerber, sondern tritt auch in die Hypothek des Gläubigers ein. S. § 1164 BGB. u. oben § 201.

31) D. h. insoweit sie bei Feststellung des Mindestgebots berücksichtigt und nicht durch Zahlung gemäß § 49 zu decken sind. S. § 52 eod. und das Recht der Immobiliarzwangsversteigerung.

32) Und Rentenschulden. § 53 Abs. 2 eod. Trotzdem die Grundschuld (Rentenschuld) zu ihrer Wirksamkeit keine persönliche Forderung voraussetzt (siehe §§ 1192, 1199 BGB.).

33) Ueber die gewöhnliche Nichtanwendbarkeit des § 416 bei einfachen Pfandschulden s. o. Note 8.

und der Schuldübernahmevertrag zwischen ihm und dem Ansteigerer zu Stande kommt. Doch muß der Schuldner spätestens bis zur Aufforderung zur Abgabe von Geboten im Versteigerungstermin die Forderung nach Grund und Betrag angeben[34]), damit die Zugehörigkeit hervortritt[35]).

§ 205.

2. Vermögensübernahme.

Wer durch Vertrag das ganze gegenwärtige oder einen Bruchtheil des Vermögens[1]) eines Anderen[2]) übernimmt, wird dadurch nicht Gesammtrechtsnachfolger des Uebertragenden[3]); es gehen also auf ihn die Schulden des Veräußerers nicht von selbst im entsprechenden Maße über[4]). Gleichwohl entspricht es der Verkehrsauffassung[5]), daß Schulden, die wirthschaftlich aus dem übertragenen Vermögen vorzugsweise zu berichtigen waren, auch von dem Erwerber dieses Vermögens beigetrieben werden können. Sonst läge in der Vermögensübertragung eine starke Gefahr für die Gläubiger[6]).

Es handelt sich daher darum, den Erwerber des Vermögens für die darauf lastenden Schulden verbindlich zu machen — sei es an Stelle oder neben dem bisherigen Schuldner. Ersteres wäre einfache

---

34) Und auf Verlangen des Gerichts oder eines Betheiligten glaubhaft machen.

35) Andernfalls kann die Schuldübernahme nicht nach § 416 BGB., sondern nur unabhängig von der Versteigerung nach § 415 erfolgen.

1) S. § 311 BGB. u. oben § 166 bei Note 32 ff.

2) Auch ein Sondervermögen (s. o. Bd. I § 31 Ziff. 2). Hauptfall ist der Erbschaftskauf und die ihm gleichstehenden Fälle. S. §§ 2371 ff., 2385 BGB. — Die Ausnahme einzelner Vermögensstücke in allen diesen Fällen schadet nichts. § 419 BGB. bleibt trotzdem anwendbar.

3) S. o. Bd. I § 31 Note 8. Hellwig S. 390 ff.

4) Die Römer gaben denn auch keine Klagen wegen der Schulden gegen den Erwerber des Vermögens.

5) Dieselbe hat sich im deutschen Recht (Lehensschulden, Fideikommißschulden ꝛc.) und in den neueren Partikularrechten entwickelt. Vgl. z. B. Preuß. ALR. Anh. § 19 zu I Tit. 11 § 646 bei Vermögensabtretung gegen lebenslängliche Versorgung (Vitalizienvertrag), ferner I Tit. 11 § 463 beim Erbschaftskauf; nach der Praxis (Entsch. d. ROHG. Bd. 13 S. 383) auch bei Schenkung eines Vermögens. Aehnlich dann auch in Theorie und Praxis des neueren gemeinen Rechts (vgl. Delbrück S. 70 ff., v. Blume, Novation ꝛc. S. 136, Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 100) und im Handelsrecht bei Veräußerung eines Handelsgeschäfts (darüber jetzt unten Ziff. 4).

6) Der Uebertragende hätte möglicherweise nicht mehr genug zur Befriedigung der Gläubiger und der Vermögenserwerber wäre den Gläubigern nichts schuldig. — Die Anfechtung der Vermögensübertragung (oben § 183) wäre nicht immer thunlich, jedenfalls umständlich und zeitraubend. Auch würde sie vielfach über das praktisch erstrebenswerthe Ziel hinausgehen.

Schuldübernahme: sie setzt Einverständniß des Gläubigers voraus[7]) und ist auch hier jedenfalls möglich. Aber es wird selten dazu kommen, — einmal weil die Parteien bei der Vermögensübertragung gewöhnlich kein genügendes Interesse für die Schulden haben[8]), anderntheils weil der Gläubiger regelmäßig mehrere sind und die Schuldübernahme nicht mit Jedem zu bewerkstelligen — die entsprechenden Maßnahmen den Parteien nicht zuzumuthen sind.

Den Interessen aller Betheiligten wird daher viel einfacher durch eine bestärkende Schuldübernahme[9]) gedient, die das Gesetz hier ohne Weiteres vorschreibt. § 419 BGB. Danach haftet der Vermögensübernehmer den Gläubigern für alle zur Zeit der Vermögensübertragung bestehenden Schulden und Ansprüche persönlich neben dem Veräußerer[10]). Die Vorschrift des § 419 BGB. ist zwingend[11]), insofern die Haftung des Vermögenserwerbers für die Schulden nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem Veräußerer ausgeschlossen oder unter das Maß des § 419 beschränkt werden kann[12]). Abs. 3. Die bisherige Haftung des Veräußerers wird nicht aufgehoben[13]).

1. Die gesetzliche Haftung des Vermögenserwerbers knüpft sich unmittelbar an den in § 311 besprochenen Vertragsschluß. Eine Uebertragung der einzelnen Vermögensstücke auf den Erwerber[14]) ist nicht erforderlich. Ebensowenig bedarf es einer Mittheilung an die Gläubiger oder einer Genehmigung der letzteren. Sie erlangen durch den Vertrag nur Rechte wider den Erwerber. — Dagegen ist der Abschluß eines richtigen Schuldübernahmevertrages (mit befreiender Wirkung für den Veräußerer) unter Zustimmung einzelner Gläubiger[15]) durch § 419 BGB. keineswegs ausgeschlossen[16]).

7) S. o. § 202, bes. Ziff. 3b.

8) Sodaß sie sich um das Zustandekommen der Uebernahme bemühen.

9) S. o. § 202 bei Note 5.

10) Das Gesetz kann nicht einfach den Gläubigern ohne ihre Zustimmung ihren bisherigen Schuldner entziehen. Dies würde auch deshalb zu weit gehen, weil der Vermögenserwerber regelmäßig nicht weiter haften soll als der Bestand des übertragenen Vermögens (s. u.). Für den Rest muß also der ursprüngliche Schuldner sowieso verhaftet bleiben.

11) Es entsteht ein Gesammtschuldverhältniß. S. u. § 206 zu Note 49. Die Gläubiger haben daher die Wahl, wen sie verklagen wollen. Rechtskraft aus dem einen Prozesse für den anderen tritt aber regelmäßig nicht ein (s. § 325 CPO.). Wegen vollstreckbarer Ausfertigung des gegen den Veräußerer erstrittenen Urtheils wider den Uebernehmer s. § 729 CPO.

12) Abgesehen davon, also insbesondere in ihrem Verhältniß zueinander können die Parteien bestimmen, was sie wollen. S. auch unten Ziff. 1.

13) Vielmehr erst durch die Zahlung.

14) Durch Auflassung, Uebergabe der einzelnen Sachen, Abtretung der Forderungen 2c.

15) Und selbstverständlich auch nur mit Wirkung gegen diese.

Ist der Veräußerungsvertrag ungültig[17]), so kann natürlich von einer Haftung des Uebernehmers für die Schulden keine Rede sein. Der Veräußerer haftet allein.

2. Der Erwerber haftet nur für diejenigen Schulden, welche zur Zeit des Veräußerungsvertrages existirten. Der Zeitpunkt der Fälligkeit ist gleichgültig. Der Uebernehmer hat sämmtliche Einwendungen, die zu derselben Zeit von Seiten des Veräußerers gegen die Schuld begründet waren[18]). Daneben hat er von sich aus eigene Einwendungen[19]). Unter diesen nimmt der gleich folgende eine besonders wichtige Stelle ein.

3. Die Haftung des Uebernehmers für die Schulden ist keine unbeschränkte. Vielmehr, da ihr Grund einzig darin liegt, daß die Schulden aus den übertragenen Aktiven Deckung finden sollen, geht sie nicht weiter als bis zum Bestand des übertragenen Aktivvermögens (einschließlich der Ansprüche, die dem Erwerber aus dem Vertrage wider den Veräußerer zustehen). Abs. 2[20]). Die Berufung auf die Unzulänglichkeit des übertragenen Vermögens ist eine Einrede des Erwerbers[21]), ähnlich der Einrede der beschränkten Haftung des Erben aus einem überschuldeten Nachlasse[22]). Der Uebernehmer muß also die Beschränkung seiner Haftung geltend machen (sonst wird sie nicht berücksichtigt) und den Bestand des übertragenen Vermögens durch ein Verzeichniß desselben darthun[23]). Er wird im Allgemeinen wie ein Erbe behandelt, gegen den die Anordnung einer Nachlaßverwaltung nicht stattfindet[24]). Wie dieser

16) Es kommt dann nicht § 419 BGB., sondern das oben §§ 202 ff. Gesagte zur Anwendung.

17) Nichtig oder von Seiten der anfechtungsberechtigten Partei mit Erfolg angefochten. S. o. § 203 Note 3.

18) In dem oben § 200 Note 28 resp. § 203 Note 9 besprochenen Sinne.

19) In dem gewöhnlichen Umfang, s. o. § 203 zu Note 21 ff. Also nicht aus dem zwischen ihm und dem Veräußerer bestehenden Rechtsgrund der Vermögensübertragung.

20) Also z. B. wenn der Vertrag noch nicht erfüllt ist, haftet der Erwerber nur mit seinem Anspruch auf Erfüllung dieses Vertrages; ist der Vertrag theilweise erfüllt, so haftet er mit dem Empfangenen und seiner Restforderung.

21) S. o. Bd. I § 36 bei Note 11.

22) S. §§ 1975 ff. BGB. und das Erbrecht.

23) S. o. Bd. I § 135. Doch ist die Errichtung eines solchen Vermögensverzeichnisses nicht Voraussetzung der beschränkten Haftung des Uebernehmers. Dies ergibt sich aus der Bezugnahme des § 419 Abs. 2 auf die §§ 1990, 1991 BGB. Das Inventar ist nur das hauptsächlichste Beweismittel für den vom Uebernehmer zu führenden Beweis des übernommenen Vermögens. Außerdem können die Gläubiger es nach § 260 BGB. verlangen, da ihnen (nach § 1990 Abs. 1) das übertragene Vermögen zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben ist.

die Auszahlung der Erbschaftsschulden bis zum Belauf des Nachlasses selbst vorzunehmen hat, so hier der Uebernehmer. Die Einrede schließt die Verurtheilung des Uebernehmers nicht aus; es wird ihm auf Grund desselben nur die beschränkte Haftung[25]) im Urtheil vorbehalten (§§ 780 Abs. 1, 786 CPO.). Kraft des Vorbehalts hat er dann weitere Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung, wenn diese über das vorbehaltene Maß hinausgeht (§ 781 CPO.). Ebenso wenn der Veräußerer verurtheilt wurde und das Urtheil in das übertragene Vermögen vollstreckt wird[26]). Der Uebernehmer ist verpflichtet, das übertragene Vermögen (d. h. die dazu gehörigen einzelnen Vermögensstücke) nach Abzug seiner Aufwendungen[27]) dem Gläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung[28]) herauszugeben (§ 1990 BGB.), den Rest erhält er zurück. Eine besondere Rangordnung der Befriedigung findet nicht statt. Die später kommenden Gläubiger erhalten auf diesem Wege nur, was noch übrig ist[29]), es sei denn, daß der Uebernehmer nach den Umständen erkennen konnte, daß das Vermögen zur Berichtigung sämmtlicher Schulden nicht ausreicht (arg. §§ 1979, 1991 Abs. 1 BGB.). In diesem Falle würde er sich durch Bevorzugung einzelner Gläubiger verantwortlich machen[30]). Ueberhaupt ist er den Gläubigern zur ordnungsmäßigen Verwaltung des übertragenen Vermögens verpflichtet[31]), — daher auch zur gehörigen Vorschützung der Einrede der beschränkten Haftung selbst[32]), falls mangels derselben anderen Gläubigern etwas abgeht[33]). Die Ersatzbeträge werden zu dem herauszugebenden Ver-

24) Mangels hinreichender Masse. S. §§ 1990, 1991 BGB. u. unten das Erbrecht.

25) Bis zum Belauf des übertragenen Vermögens.

26) Nach § 729 CPO. S. o. Note 11.

27) Arg. § 1991 Abs. 1 BGB.

28) Versteigerung der Sachen, Ueberweisung der Forderungen im gewöhnlichen Wege der Zwangsvollstreckung ꝛc.

29) Denjenigen Gläubigern, die sich gleichzeitig melden, wird das vorhandene Vermögen gemeinschaftlich zum Zwecke der Zwangsbefriedigung herausgegeben. — Rechtskräftige Verurtheilung des Uebernehmers gegenüber einem Gläubiger wirkt aber (nach § 1991 Abs. 3 BGB.) den anderen gegenüber wie eine wirkliche Befriedigung, mindert also die den anderen Gläubigern herauszugebende Bereicherung des Uebernehmers.

30) Vielmehr hat er dann eventuell die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. Vgl. auch Strohal, Erbrecht § 81.

31) Wie ein Beauftragter. S. §§ 1978, 1991 Abs. 1 BGB. u. unten die Lehre vom Auftrag.

32) S. o. vor Note 23.

33) Durch Erschöpfung des Aktivvermögens infolge unbeschränkter Auszahlung. In diesem Fall kann also der Uebernehmer bei Herausgabe des Vermögens den späteren Gläubigern nicht abziehen, was er zur vollen Befriedigung

mögen geschlagen. Eine Verminderung desselben durch Vereinigung von Rechten und Pflichten in der Person des Uebernehmers[34]) tritt im Verhältniß zu den Gläubigern nicht ein (arg. § 1991 Abs. 2 BGB.). Im Uebrigen ist auf den entsprechenden Fall der Erbenhaftung zu verweisen.

4. Besondere Regeln gelten im Falle des Erbschaftskaufs (§§ 2371 ff., 2385 BGB.) und der Uebernahme eines Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma (§ 25 HGB.)[35]).

5. Das Verhältniß des Uebernehmers zum Veräußerer gehört auch hier nicht zum Gegenstand der Lehre[36]). Es richtet sich nach dem der Uebernahme zu Grunde liegenden Verpflichtungsverhältnisse (dem Inhalt des Uebernahmevertrages). Danach wird regelmäßig der Uebernehmer dem Veräußerer gegenüber auch die Schulden zu tragen haben, wie er die Aktiven überkommen hat[37]), also wegen der Zahlung nicht gegen den Veräußerer Regreß nehmen können.

Sechstes Kapitel.

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern*.

I. Theilschuldverhältnisse — Gesammtschuldverhältnisse.

§ 206.

Wenn eine und dieselbe Leistung von Mehreren geschuldet wird oder an mehrere Personen zu bewirken ist, so liegen soviel Schuldverhältnisse vor, als Personen auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite

des früheren verwendet hat. — Dies gilt namentlich auch, wenn die Befriedigung des anderen Gläubigers außerprozessualisch erfolgte. Auch außerhalb eines Prozesses ist die Einrede der beschränkten Haftung geltend zu machen (s. Bd. I § 36 zu Note 6). Will der Gläubiger sie nicht gelten lassen, so darf der Uebernehmer nicht zahlen, sondern muß Klage abwarten.

34) Confusio. S. o. § 196. Es kommt aber nicht blos die schuldrechtliche in Betracht.

35) S. darüber das Erbrecht, und in Betreff des letzteren Falles Hellwig S. 399 und die Schriftsteller des Handelsrechts. — Bemerkenswerth im letzteren Falle ist namentlich, daß der Uebernehmer unbeschränkt haftet, sofern nicht eine abweichende Beredung in der üblichen Weise bekannt gemacht worden ist. Ueber den Fall der Nichtfortführung der Firma s. § 25 Abs. 3; über den Fall des Eintritts eines Socius in ein Geschäft § 28 HGB.

36) S. o. § 203 Ziff. I.

37) Im Zweifel wird das übertragene Vermögen unter Abzug der Schulden zu verstehen sein.

*) Vgl. außer den oben § 139 Citirten noch Binder, Die Korrealobligationen im röm. u. heut. Recht (1899); Hruza im sächs. Archiv Bd. 5 S. 193, 273, 401; Crome in Ihering's Jahrb. Bd. 35 S. 100; Wendt, Unterlassungen im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 70. — Stammler S. 247; Dernburg

vorhanden sind[1]). Aber sämmtliche Schuldverhältnisse gehen auf dasselbe Ziel, und dies schafft bei ihnen neue und eigenthümliche Beziehungen, die hier am Schluß des allgemeinen Schuldrechts zu erörtern sind.

Ein Doppeltes kommt vor.

I. Die Leistungspflicht des Ganzen[2]) vertheilt sich auf die mehreren Personen, sodaß jeder Schuldner nur seinen Antheil zu leisten, jeder Gläubiger seinen Antheil zu fordern hat.

1. Dies ist nicht das Gewöhnliche, obwohl man es vielfach dafür, ja oft geradezu als etwas Selbstverständliches gehalten hat[3]). Denn meistens kommt der Gläubiger dabei zu kurz. Wenn sich die Leistungspflicht in soviel Theile spaltet, als Schuldner vorhanden sind, so ist das rechtliche Schicksal dieser verschiedenen Verbindlichkeiten grundsätzlich ein verschiedenes. Sie sind selbständig und unabhängig von einander: jeder Schuldner haftet nur für seinen Antheil[4]); er haftet auch nicht für mehr, wenn unter den Mitschuldnern sich einzelne Zahlungsunfähige befinden, an deren Antheil der Gläubiger einen Ausfall erleidet!

Vollends aber, wenn mehrere Personen gemeinschaftlich versprochen haben, 1000 zu leisten, so haben sie doch Jeder diese Summe versprochen, und es ist gegen das Vertragsverhältniß, wenn sie statt dessen hinterher Jeder nur eine Rate leisten wollen[5]). Um so mehr, wenn sich, wie oben, einzelne Zahlungsunfähige darunter befinden, von denen die Rate sich als nicht beitreibbar herausstellt. Der Ausfall, den hier der Gläubiger erlitte, wäre sicherlich nicht gewollt.

a) Deshalb verfügt unser Gesetz[6]), daß, wenn Mehrere in einem gemeinschaftlich abgeschlossenen Vertrage[7]) eine theilbare Lei-

---

§§ 160—166; Endemann I §§ 154 ff.; Cosack §§ 118—120; Mathiaß I § 102; Enneccerus I §§ 231—237.

1) S. die ausführliche Rechtfertigung dieses Grundsatzes oben § 139.

2) Im wirthschaftlichen Sinne! Also des gesammten Resultats, das durch die mehreren Schuldverhältnisse erreicht werden soll.

3) So nach röm. und ehemaligem gemeinen Recht (vgl. l. 6 Cod. fam. erc. 3, 36; l. 1, 2 Cod. de act. hered. 4, 16. „Nomina hereditaria ipso iure inter heredes divisa sunt." Dies wurde als Regel auch auf andere condebitores etc. übertragen). Ebenso nach Code Nap. Art. 1202, 1220, dem sächs. GB. §§ 663, 1020, 1021 u. a. Das bürgerliche Gesetzbuch stellt in dieser Lehre (§ 420) einen Satz an die Spitze, der äußerlich dieselbe Regel enthält, aber durch soviel Ausnahmen durchbrochen wird, daß sich die Regel praktisch in ihr Gegentheil verkehrt. S. auch Cosack § 118 Ziff. 2.

4) Dies ist seine Leistung (§ 241) im Rechtssinne.

5) Trotzdem die ganze Summe, wie vorauszusetzen, nach Inhalt des Vertrages nur einmal geleistet werden soll.

6) Im Anschluß an das Preuß. ALR. I Tit. 5 §§ 424, 425.

stung versprechen[8]), sie im Zweifel[9]) jeder für das Ganze haften (als Gesammtschuldner). § 427 BGB.[10]). Ebenso aus einem gemeinschaftlich abgegebenen einseitigen Versprechen, soweit daraus Schuldverhältnisse entspringen[11]).

b) Aehnlich verhält es sich, wenn eine theilbare Verbindlichkeit durch Erbgang auf mehrere Erben des Schuldners übergeht. Auch hier würde, wenn die Verbindlichkeit sich in mehrere Theile zerschlüge, sodaß jeder Erbe nur für seinen Antheil haftete, die Stellung des Gläubigers in einer dem Inhalt des Schuldverhältnisses widerstreitenden Weise verschlechtert. Doch ist die moderne Regelung dieses Falles eine komplizirtere[12]).

c) Umgekehrt können Miterben als Gläubiger nur ungetheilte Leistung des Schuldners an Alle, also in die Gesammtmasse, verlangen[13]).

d) Berücksichtigt man, daß hierneben das Gesetz noch in zahlreichen Einzelfällen eine Gesammtverpflichtung verfügt, — daß eine solche sich unter Umständen aus der Natur der Sache oder einer besonderen Verabredung des Betheiligten ergibt (s. u. Ziff. II), so bleiben für die Zersplitterung der Leistungspflicht in mehrere selbständige Theilschuldverhältnisse verhältnißmäßig nur wenige Fälle übrig.

2. Zur Ermöglichung von Theilschuldverhältnissen muß selbstverständlich zunächst die Leistung selbst theilbar sein[14]). § 420

---

7) Ist der Vertrag kein gemeinschaftlicher, so ist § 427 BGB. nicht anwendbar. Ueber diesen Fall s. u. zu Note 41 ff.

8) Ist die Leistung untheilbar, so gelten besondere Regeln. S. u. bes. § 209.

9) Mangels anderweitiger Bestimmung im Vertrage. — § 427 BGB. enthält (trotz der Ausdrucksweise „im Zweifel") einen ergänzenden Rechtssatz, keine bloße Auslegungsregel. Stammler S. 79, 81; Schollmeyer § 427 Note 2c.

10) Ueber die Bedeutung der gesammtschuldnerischen Haftung s. u. Ziff. II.

11) Z. B. aus der gemeinschaftlichen Ausstellung eines Inhaberpapiers. Dernburg § 161 Ziff. II gegen Ende.

12) Es wird davon im Erbrecht die Rede sein. Nach § 2058 BGB. ist ebenfalls Gesammthaftung der Erben verfügt. Doch soll die Schuld zunächst aus der Gesammtmasse (der noch ungetheilten Erbschaft) getilgt werden. Gegen die Masse figurirt die Schuld als sog. „Nachlaßverbindlichkeit", ähnlich wie eine „Gesellschaftsschuld" zunächst aus dem Vermögen der Gesellschaft Befriedigung finden soll. Es handelt sich um die oben § 139 Ziff. 2b angedeuteten Modifikationen der Verpflichtung aus Schuldverhältnissen, die zu einem bestimmten Sondervermögen gehören.

13) Weil die Leistung in erster Linie diesem Vermögen (s. die vor. Note), an dem Alle berechtigt sind, zu Gute kommen soll. Prinzip der modernen „Erbengemeinschaft". Aehnlich bei Gesellschaftsforderungen; nur daß hier in erster Linie der Inhalt des Gesellschaftsvertrages entscheidet.

14) Ueber die Theilbarkeit der Leistung s. o. § 145 Ziff. 4. Ueber die Be-

BGB. Denn sonst könnte das einheitliche Ziel sämmtlicher Theilschuldverhältnisse auf den getrennten Wegen nicht erreicht werden. Bei Theilbarkeit bildet die Spaltung der Leistungspflicht in mehrere Theile übrigens immer noch in dem Sinne die Regel, daß sie eintritt, wenn das Gesetz oder die Parteien nicht (direkt oder indirekt) ein Anderes angeordnet haben[15]). So z. B. in dem Falle, da mehrere Gläubiger[16]) sich gemeinschaftlich eine theilbare Leistung haben versprechen lassen[17]).

Für die Behandlung der Theilschuldverhältnisse gilt Folgendes.

a) Es handelt sich um selbständige und voneinander unabhängige Verpflichtungen. Demgemäß haftet grundsätzlich kein Theilschuldner für die Leistung des anderen, mag dieser nicht leisten können oder wollen. Die Folgen eines Verschuldens, von Leistungs- und Annahmeverzug 2c. wirken über das Schuldverhältniß, in dem sie eingetreten sind, nicht hinaus.

b) Auf der anderen Seite kann, wenn die mehreren Schuldverhältnisse auf einem Vertrage beruhen, durch den Vertrag eine nähere Beziehung derselben untereinander herbeigeführt werden, ohne daß die allgemeine Selbständigkeit verloren geht. So gilt es bei gegenseitigen Verträgen als Regel, daß der Gegner, wenn er nicht vorzuleisten hat, die von ihm zu bewirkende Gegenleistung bis zum Empfang sämmtlicher Raten zurückhalten kann. Daß diese von mehreren Personen geschuldet werden, kann sein vertragsmäßiges Recht auf Zug- um Zugleistung nicht berühren. § 320 Abs. 1 S. 2 BGB.[18]).

c) Mangels anderweitiger Bestimmung sollen die geschuldeten Raten in sämmtlichen Theilschuldverhältnissen gleich sein. § 420 i. f.[19]).

---

handlung der Fälle, da Mehrere etwas Untheilbares verschulden oder zu fordern haben, s. u. § 209.

15) Ueber die Bedeutung der Vorschrift des § 420 BGB. als eines ergänzenden Rechtssatzes s. o. Note 9.

16) Der Hauptgrund der verschiedenen Behandlung des gemeinschaftlichen Versprechens (§ 427) und des gemeinschaftlichen Sichversprechenlassens (§ 420 BGB.) ist ein wirthschaftlicher. Der Wettlauf der Berechtigten, wie er bei der Gesammtgläubigerschaft (s. § 208 unten) besteht, ist nicht zu begünstigen, und das freie Wahlrecht des Schuldners, zu leisten an wen er will, hat nichts Befriedigendes.

17) Oder daß eine solche ex lege von oder an Mehrere geschuldet wird und das Gesetz nicht Solidarität verfügt.

18) Es handelt sich um eine Folgerung aus dem Begriff der gegenseitigen Verträge, nicht um eine Eigenheit der Theilschuldverhältnisse, wie Cosack § 118 Ziff. 3a anzunehmen scheint.

19) Ergänzender Rechtssatz (nicht blos Auslegungsregel)! S. o. Note 15. — Ueber Klagen aus den Theilrechten s. Hellwig, Anspruch und Klagrecht (1900) S. 183 ff.

II. Im Gegensatz dazu besteht das Wesen der Gesammtschulden darin, daß die Leistungspflicht für das Ganze jedem der mehreren Schuldner auferlegt ist, während die Gesammtleistung nur einmal zu bewirken ist[20]). Vgl. § 421 BGB. Darin liegt eine große Sicherheit für den Gläubiger, die Gesammtleistung auch wirklich zu erhalten. Erhält er sie nicht von dem Einen, so kann er den Anderen dafür in Anspruch nehmen. Ebenso wenn er bei dem Einen nicht Alles erhält, kann er den Rest von einem Anderen fordern. Gegen Unwirksamkeit und Nichtbeitreibbarkeit der einen oder anderen Forderung ist er durch Häufung derselben und Gleichmäßigkeit des Inhalts gedeckt.

Entsprechend gibt es dann schließlich auch Gesammtforderungen, indem mehrere Personen jeder für sich auf dieselbe Leistung berechtigt sind, während der Schuldner die ganze Leistung doch nur einmal zu bewirken hat. Vgl. § 428. Dieses Verhältniß ist nicht so häufig, auch den Gesammtschulden nicht völlig kongruent[21]). Wir reden zunächst immer nur von den Gesammtschulden. Mit dem Ausdruck „Gesammtschuldverhältniß" wird sowohl das aktive wie das passive Verhältniß verstanden[22]).

1. Auch bei den Gesammtschuldverhältnissen wird durch die Mehrheit der Subjekte auf der Schuldner- oder Gläubigerseite die Leistungspflicht vervielfältigt. Weil aber jede Verpflichtung auf den ganzen wirthschaftlich in Betracht kommenden Schuldinhalt geht, verbindet sich damit eine Alternative der Geltendmachung der verschiedenen Schuldverhältnisse. Nur eines derselben soll ganz erfüllt,

20) Letzteres trifft nicht zu, wenn Mehrere sich zu derselben Unterlassung verpflichtet haben. Denn die Unterlassung des Einen ist nicht die des Anderen. Daher wird auch Keiner durch die Unterlassung des Anderen von der eigenen Leistungspflicht (gemäß § 422 BGB.) befreit.

21) Da Recht und Pflicht verschiedene Dinge sind und daher nicht überall gleich behandelt werden können.

22) Gemeinrechtlich redete man von aktiver und passiver Solidarität; auch wohl von einem „Solidarverhältniß". Die alteingewurzelten Ausdrücke, die sich zum Theil auch noch ähnlich in der älteren Gesetzgebung finden, sind nicht gänzlich zu verbannen, da sie sich mit der Anschauung unseres Gesetzes vertragen. — Dagegen ist mit der letzteren unvereinbar die ehemalige Unterscheidung von Korrealität und Solidarität, wenigstens in der Bedeutung, wie sie durch Keller und Ribbentrop (s. o. § 139 Note 1) in das gemeine Recht eingeführt worden ist. Unser Gesetz kennt diesen Unterschied nicht mehr. Wenn man sich vielfach bei uns daran gewöhnt hat, vertragliche Gesammtschuldverhältnisse als Korrealobligationen zu bezeichnen, so hat dies in Zukunft keine Berechtigung mehr und bringt nur Verwirrung. Unsere weitere Unterscheidung zwischen „vollkommenen und unvollkommenen Gesammtschuldverhältnissen" (s. u. Ziff. 3), ist mit derjenigen von Korrealität und Solidarität nicht identisch.

eventuell aus mehreren die Leistung doch im Ganzen nur einmal beigetrieben werden. Daraus ergibt sich eine Einwirkung der Geltendmachung des einen Schuldverhältnisses auf die anderen. Daran reiht sich die Frage, ob und inwieweit ein Schuldner, der leisten mußte, sich an den Mitschuldnern erholen kann, resp. das von Einem Empfangene den Mitberechtigten zukommt.

Dagegen bleiben die mehreren Schuldverhältnisse im Uebrigen durchaus was sie sind: Vertrags- oder Deliktsschulden bestimmter Art, materiell charakterisirte[23]) oder abstrakte Verpflichtungen[24]). In dieser Hinsicht sind sie durchaus nach den ihnen eigenen Regeln zu beurtheilen. Nur weil nicht Einer, sondern Mehrere die Leistung schulden oder zu fordern haben, treten die hier zu besprechenden Grundsätze über die gesammtschuldnerische Haftung oder Berechtigung hinzu.

2. Gesammtschuldverhältnisse entstehen durch Rechtsgeschäft oder kraft Gesetzes. Die rechtsgeschäftliche Begründung ist der vollkommenere Fall; er hat dem Gesetz als Paradigma für die Ausgestaltung des Verhältnisses gedient. Die anderen Fälle, in denen von Rechtswegen Solidarität verfügt wird, werden nach jenem abgewandelt.

a) Das Rechtsgeschäft, von welchem hier die Rede ist, muß ein gemeinschaftliches Geschäft aller Betheiligten sein[25]), soweit sie bei der Begründung eines Schuldverhältnisses mitzuwirken haben. Also zur Begründung von Gesammtschulden im obigen Sinne ist ein Vertrag des Gläubigers mit allen Gesammtschuldnern erforderlich, worin diese ihm die Leistung versprechen[26]), oder ein einseitiges Versprechen sämmtlicher Schuldner in einem Akte, soweit daraus ein Schuldverhältniß entsteht[27]). Selbstverständlich muß das Geschäft das beabsichtigte Schuldverhältniß auch an sich zu erzeugen fähig, z. B. in gehöriger Form vorgenommen sein[28]). Da-

23) Z. B. Kaufpreisschulden, Miethzinsen, Darlehensgelder ꝛc.

24) Mögen sie einen bestimmten Namen haben (z. B. aus Anweisung, Inhaberpapieren ꝛc.) oder nicht.

25) S. über derartige Gesammtakte schon oben Bd. I § 74 Note 1.

26) Mit der Maßgabe, daß sie im Ganzen nur einmal erfolgen soll. Römisch geschah dies durch stipulatio (vgl. l. 4 Dig. de duob. reis 45, 2). Heutzutage genügen Ausdrücke aller Art, die nicht die gegentheilige Absicht erkennen lassen. Arg. § 427 BGB. Häufig verpflichten sich die Betreffenden „solidarisch" oder „Einer für Alle", „Alle für Einen", „sammt und sonders" u. dgl. Bei gegenseitigen Verträgen schließt die Uebernahme einer solidarischen Verpflichtung auf der einen Seite nicht eine entsprechende Berechtigung für die Gegenleistung in sich.

27) Z. B. durch gemeinschaftliche Ausstellung von Inhaberpapieren.

28) Z. B. als Schenkung, Bürgschaft ꝛc. in der zu deren Begründung erforderlichen gerichtlichen, notariellen oder Schriftform erklärt sein. S. o. Ziff. 1 am Ende.

gegen schaden regelmäßig Mängel, die nur in der Person einzelner Betheiligten vorliegen, dem Zustandekommen der Verpflichtung der übrigen nicht, z. B. die Geschäftsunfähigkeit einzelner Schuldner[29]). Vgl. § 427 BGB.[30]).

Aehnlich entsteht Gesammtgläubigerschaft aus einem Vertrag der mehreren Gläubiger mit dem Schuldner[31]), in dem dieser ihnen Allen dieselbe einmal zu bewirkende Leistung verspricht. Dies bildet im Leben nicht die Regel[32]), muß also, um einzutreten, unzweifelhaft ausgedrückt sein[33]). Arg. §§ 420, 432 BGB. Eine einseitige Begründung kann auch durch Vermächtniß eintreten, wenn keine anderweitige Vertheilung unter die mehreren Bedachten möglich ist oder zu Stande kommt. Vgl. § 2151 BGB.

Untereinander stehen die Mitschuldner und Mitgläubiger hier in einer rechtlichen Gemeinschaft, die sich daraus erklärt, daß der Vertrag oder das schuldbegründende Versprechen der Gesammtheit sicherlich nicht ohne gleichzeitige Verständigung der Betheiligten über den Beitrag der Einzelnen zur Leistung oder die Verrechnung der Leistung unter ihnen[34]) zu Stande kommt[35]). Im Falle der Begründung durch Vermächtniß werden die Betheiligten durch den Erblasser in das Gemeinschaftsverhältniß versetzt. Das Gesetz stellt hier nur als Regel auf, was der Parteifestsetzung entspricht.

29) Utile per inutile non vitiatur. S. o. Bd. I § 80 zu Note 19. Die Mitverpflichtung bezweckte regelmäßig, das Recht des Gläubigers zu steigern, nicht es abzuschwächen. Dernburg § 161 Ziff. IV.

30) Danach bildet die Entstehung von Gesammtschulden aus derartigen Gesammtakten die Regel. S. o. I Ziff. 1.

31) Oder einem einseitigen gültigen Versprechen des Schuldners an Alle. Entsprechend dem oben Note 27 Gesagten.

32) S. o. Note 16.

33) Wenn auch nicht mit besonderen technischen Worten. In dieser Hinsicht kommen besonders die oben Note 26 bemerkten Ausdrücke in Betracht.

34) Bei Gesammtforderungen über die antheilsmäßige Herausgabe des von Einem Empfangenen an alle Gesammtgläubiger u. dgl.

35) Eine Art causa der bedungenen Solidarität, die von jeder möglichen Art sein kann, aber regelmäßig ein Gemeinschaftsverhältniß der mehreren als Mitschuldner oder Mitgläubiger Betheiligten involvirt. Dieses regelmäßig vorhandene Minimum hat das Gesetz zu einem Bestandtheil des Solidarverhältnisses selbst erhoben (gegen das röm. Recht: vgl. l. 62 pr. Dig. ad leg. Falc. 35, 2 und Binder S. 279 ff.; aber jedenfalls in Einklang mit neueren Partikularrechten: z. B. dem Bayr. LR. IV, 1 § 23, Preuß. ALR. I Tit. 5 §§ 436, 443 ff., Code Nap. Art. 1213 ff.), indem eine Ausgleichung der solidarisch geschuldeten Leistung unter den Mitschuldnern resp. Mitgläubigern zu gleichen Antheilen stattfinden soll, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist (also die konkrete causa auf ein abweichendes Betheiligungsverhältniß hinweist). §§ 426, 430 BGB. In § 426 ist geradezu von Beiträgen der einzelnen Mitschuldner (ähnlich wie zu einem Gesellschaftszweck: §§ 705 BGB.) zur Gesammtleistung die Rede.

Aus dem Gemeinschaftsverhältnisse erklärt sich vor Allem das Recht auf Ausgleichung (§§ 426, 430) der Leistung unter den Betheiligten, die Möglichkeit eines in rem gefaßten Erlasses sämmtlicher Schuldverhältnisse (§§ 423, 429 Abs. 3) und die Bestimmung der §§ 424, 429 Abs. 1 BGB.

b) In zahlreichen anderen Fällen verfügt das Gesetz unmittelbar die Verpflichtung Mehrerer als Gesammtschuldner. Ob eine Gesammtgläubigerschaft kraft Gesetzes vorkommt, ist zweifelhaft[36]). Dagegen wird eine gesammtschuldnerische Haftung oftmals verfügt: so insbesondere zum Einstehen Mehrerer für einen bestimmten Schaden, vor Allem aus unerlaubten Handlungen (vgl. §§ 42 Abs. 2, 53, 830, 840, 1833, 2219 Abs. 2 BGB). Andere Fälle ergeben sich aus dem ehelichen Güterrecht (s. §§ 1388, 1459 Abs. 2, 1480, 1530) oder aus besonderen Anlässen: vgl. z. B. §§ 54, 769, 1108 Abs. 2 BGB.[37]) und zahlreiche Spezialgesetze[38]).

Die rechtliche Behandlung dieser Gesammtschuldverhältnisse ist keine andere als die obige; insbesondere ist auch hier von Rechtswegen das Gemeinschaftsverhältniß der Betheiligten und das daraus folgende Recht auf Ausgleichung ꝛc. begründet[39]). Das Gesetz bringt dies als zweites Verpflichtungsverhältniß (neben demjenigen auf die Gesammtleistung) von selbst mit sich[40]).

3. Dagegen darf der Kreis der vollkommenen d. h. ein Gemeinschaftsverhältniß der Betheiligten in sich schließenden Gesammtschuldverhältnisse über die vorerwähnten Fälle[41]) nicht erweitert[42]), insbesondere nicht auf Fälle ausgedehnt werden, in

---

36) Die von Dernburg § 164 i. f. gegebenen Beispiele aus §§ 525 Abs. 2, 2194 BGB. halte ich kaum für zutreffend. Auch Hellwig, Anspruch u. Klagrecht (1900) S. 194 ff. räumt ihnen eine Sonderstellung ein.

37) Außer dem oben bei Note 12 schon erwähnten Falle der Erbenhaftung.

38) Z. B. im Zwangsversteigerungsgesetz vom 24. März 1897 § 81 Abs. 4 und vor Allem im Handelsrecht (s. §§ 78, 128, 200, 202 ff., 209, 225, 241, 249, 273, 306, 334, 356 HGB.). Ebenso in anderen Reichs- und Landesgesetzen (wobei übrigens auf die zum Theil noch alterthümliche Ausdrucksweise zu achten ist).

39) Es behandele denn die betreffende Gesetzesvorschrift positiv die Sache anders. Dann liegt die in §§ 426, 430 BGB. vorbehaltene Ausnahme vor: „soweit nicht ein Anderes bestimmt ist". Beispiele in §§ 840 Abs. 2 u. 3, 841, 1833 BGB.

40) Vgl. bereits die für unser Recht vorbildliche Entsch. d. RG. Bd. 19 S. 385 ff., 387.

41) Rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Begründung (Ziff. 2a u. b).

42) S. zum Folgenden Ihering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 24 S. 186; Hartmann, Archiv f. civ. Praxis Bd. 73 S. 397; Eisele ebenda Bd. 77 S. 478 ff.; Oertmann vor § 420 Note 5c.; Enneccerus § 232 II Ziff. 5; Schollmeyer § 426 Note 2.

denen nur zufällig: aus verschiedenen Titeln[43]) eine Verpflichtung Mehrerer auf denselben Leistungsinhalt[44]) vorliegt. So z. B. wenn derselbe Schaden mehrfach versichert wurde; wenn Mehreren in verschiedenen Akten dieselbe Besorgung aufgetragen ist[45]); wenn der Eine aus Delikt[46]), ein Anderer unabhängig davon durch Vertrag[47]) zum Ersatz desselben Schadens verpflichtet ist; oder wenn Mehrere aus verschiedenen Gründen einem Anderen Unterhalt zu leisten haben[48]). Es gehören hierher die Verhaftung des Vermögensübernehmers (§ 419 BGB.) und Erbschaftskäufers (§ 2382) für die Schulden des übernommenen Vermögens neben dem Urschuldner und Veräußerer[49]) und mancherlei andere Fälle.

Hier beschränkt sich das Rechtsverhältniß der Betheiligten auf die Wirkung der Thatsache, daß für Alle unabhängig voneinander die Verpflichtung zu derselben, nur einmal zu bewirkenden Leistung besteht[50]). In Folge dessen hebt auch hier die Erfüllung des einen Schuldverhältnisses, oder was ihr gleichsteht, die anderen auf[51]). Die §§ 421 ff. BGB. sind anwendbar, soweit sie nicht auf der hier fehlenden Rechtsgemeinschaft der Mitgläubiger oder Mitschuldner beruhen. Darüber hinaus nicht. Daher findet unter den Mitschuldnern die grundsätzliche Ausgleichung der §§ 426, 430 nicht statt[52]); der Annahmeverzug in einem Schuldverhältniß wirkt

---

43) S. o. Bd. I § 71 Ziff. 10.

44) Mit Rücksicht hierauf ist § 420 BGB. (über die getheilte Haftung Mehrerer) von vornherein nicht anwendbar.

45) Entgeltlich oder unentgeltlich. Das Gesagte umfaßt Auftrag, Dienst- und Werkverträge des betreffenden Inhalts. — Hierher gehört auch der Fall, daß mehrere Lieferanten durch Verzögerung ihrer respektiven Leistungen mich an der Benutzung meiner Sache, z. B. meines Hauses verhindern.

46) Z. B. Sachbeschädigung, Diebstahl.

47) Z. B. aus Versicherung, oder aus einem Vertrage der zur ordnungsmäßigen Erhaltung und Rückgabe der Sache verpflichtete (z. B. aus Miethe, Pacht, Leihe, einer übernommenen Aufbewahrung der Sache u. dgl.).

48) Sofern das Gesetz nicht eine Reihenfolge der Verpflichtungen aufstellt.

49) S. o. § 205.

50) Der Schaden ist begrifflich nur einmal zu ersetzen, der Unterhalt nur einmal zu leisten, die identische Geschäftsbesorgung nur einmal auszuführen ꝛc.

51) Entsprechend den §§ 422, 423 BGB., aber dies ist hier aus inneren Gründen (Note 50) unmittelbar abzuleiten.

52) Sondern nur eventuell eine solche nach den Grundsätzen der Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen oder der Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (unten §§ 317 ff.). Aber deren Voraussetzungen sind keineswegs immer vorhanden. Z. B. wenn von zwei Versicherern desselben Schadens der eine in Anspruch genommen wird, der andere nicht, so wird letzterer dadurch nicht ungerechtfertigt bereichert. S. auch oben § 151 Note 89. Andere Beispiele: Der Brandstifter, der auf Ersatz in Anspruch genommen wurde, hat keinen Regreß gegen den Versicherer; der Vermögensübernehmer nach § 419 BGB., welcher die

nicht für die anderen Schuldverhältnisse[53]); durch Erlaß einer Schuld werden die anderen nicht berührt[54]). Somit ergibt sich in diesen Fällen zwar die Existenz von Gesammtschuldverhältnissen, aber unvollkommenerer Gattung[55]), auf welche nicht alle Regeln des gesetzlich geregelten Gesammtschuldverhältnisses[56]) zur Anwendung kommen.

4. An sich gehört hierher auch die Haftung und Berechtigung Mehrerer aufs Ganze bei untheilbaren Leistungen, da das Ganze nur einmal geleistet werden soll und wegen der Untheilbarkeit nie etwas Anderes als das Ganze geleistet werden kann. Doch hat das Gesetz die Schuldverhältnisse auf untheilbare Leistungen besonders geregelt[57]).

5. Gesammtschuldverhältnisse sind auch die Verpflichtung des Hauptschuldners und des Bürgen, soweit sie sich decken. Doch kann die Bürgschaft auch auf weniger gehen als die Hauptschuld und ist überhaupt ein accessorisches Verhältniß. Der Bürge ist nur um des Hauptschuldners willen verpflichtet[58]), daher hängt seine Verpflichtung grundsätzlich von der des Hauptschuldners ab (vgl. §§ 767, 768 BGB.). Mit Rücksicht hierauf und die wirthschaftliche Bedeutung des Instituts ist die Bürgschaft ein für sich zu behandelnder besonderer Geschäftstypus[59]).

Uebrigens kommt es auch bei äußerlicher Begründung eines reinen Gesammtschuldverhältnisses vor, daß die versprochene Leistung materiell nur einen Verpflichteten angeht, während die anderen sich nur zu dem Zwecke mitverpflichteten, um dem ersteren Kredit zu verschaffen. Hier liegt nach Außen eine einfache Gesammtschuld vor, während nach Innen bürgschaftliche Grundsätze zur Anwendung kommen[60]).

Schulden des übernommenen Vermögens bezahlte, hat regelmäßig keinen solchen gegen den Veräußerer (wohl aber umgekehrt). S. o. § 151 zu Note 91 ff., § 205 i. f.

53) Die §§ 424, 429 Abs. 1 BGB. sind nicht anwendbar.

54) Ein Erlaß in rem im Sinne von Ziff. 2a i. f. durch Vertrag mit einem einzigen der mehreren Gläubiger oder Schuldner (§§ 423, 429 Abs. 3) ist unmöglich. S. auch unten § 208 Note 20 ff.

55) Aus der obigen Darstellung des Wesens der in Rede stehenden Verhältnisse ergibt sich, daß der Ausdruck unechte Solidarität dafür wenig bezeichnend ist. Es handelt sich nur um ein Minus gegenüber den gesetzlichen Vorschriften.

56) Letzteres allein ist in den folgenden §§ noch zu behandeln.

57) S. darüber unten § 209.

58) Ebenso hat der Bürge regelmäßig die sog. Einrede der Vorausklage. §§ 771 ff. BGB.

59) S. u. §§ 295 ff. und den Zusammenhang der verschiedenen Sicherungsverträge.

60) Das Gesagte ergibt sich schon aus den Ausführungen oben Note 35. Die causa der übernommenen solidarischen Verpflichtung kann Garantie jeder

II. Die gesetzlichen Gesammtschuldverhältnisse*.

§ 207.

A. Gesammtschulden.

Von den Entstehungsgründen der vollkommenen Gesammtschuldverhältnisse ist oben schon die Rede gewesen[1]). Hier ist der Inhalt zu besprechen, und zwar gesondert für Gesammtschulden (§§ 421 ff.) und Gesammtforderungen (§§ 428 ff. BGB.).

Gesammtschulden liegen vor, wenn dem Gläubiger aus irgend einem Rechtsgrunde mehrere Personen jeder für dieselbe Leistung verpflichtet sind, so daß der Gläubiger sich nach Belieben denjenigen aussuchen kann, von dem er die ganze Leistung oder einen Theil derselben beitreiben will. Nur mit der Maßgabe, daß er zusammen nie mehr als die ganze Leistung einmal verlangen darf[2]). Dagegen haben die Mitschuldner kein Recht darauf, daß der Gläubiger seine Ansprüche theile, also von Jedem nur einen Theil der Leistung fordere[3]). Dies würde das Wesen des Gesammtschuldverhältnisses zerstören[4]).

I. Verhältniß zum Gläubiger.

Dasselbe ordnet sich aus dem Gesichtspunkt, daß hier mehrere selbständige Schuldverhältnisse auf dieselbe Leistung vorliegen, deren

---

Art sein. Daraus folgt, daß im Verhältniß der Mitschuldner zueinander der zahlende Garant schadlos zu halten ist, der Hauptschuldner nicht. Es liegt eine der in § 426 BGB. vorbehaltenen Ausnahmen vor. Zustimmend Dernburg § 163 Ziff. IV. — Der Fall ist von der sog. „Solidarbürgschaft" oder selbstschuldnerischen Bürgschaft (§ 773 Ziff. 1 BGB.) wohl zu unterscheiden. Dort hat der Bürge nur auf die Einrede der Vorausklage (s. o. Note 58) verzichtet; hier liegt (jedenfalls nach Außen) keine Bürgschaft vor. Eine praktische Folge s. in § 207 Note 41.

*) S. o. § 206 Note 56.

1) Vgl. § 206 II bes. Ziff. 2. Ueber die Konstruktion des Verhältnisses auch oben § 139.

2) Die Belangung eines Gesammtschuldners schafft weder Rechtshängigkeit noch Rechtskraft gegen die wider einen anderen Gesammtschuldner gerichtete Klage. S. § 425 i. f. BGB. u. Entsch. d. RG. Bd. 39 S. 367. Die gegentheiligen röm. Bestimmungen sind beseitigt.

3) Das röm. beneficium divisionis (Nov. 99) ist den Gesammtschuldnern versagt. Ebensowenig hat ein verklagter Gesammtschuldner die exceptio plurium litisconsortium, also ein Weigerungsrecht bis zur gleichzeitigen Belangung der Genossen.

4) S. o. § 206 Ziff. I. Es lägen Theilschuldverhältnisse vor. — Noch weniger hat ein Gesammtschuldner das Recht zu verlangen, daß der Gläubiger einen anderen Mitschuldner zuerst in Anspruch nehme. Das beneficium excussionis — die Einrede der Vorausklage — besteht nur für den Bürgen, weil er accessorisch haftet (s. o. § 206 i. f.). Wird etwas Aehnliches bei anderen

Bewirkung gleichwohl nicht mehr als einmal erfolgen soll. Daher stehen:

1. die verschiedenen Schuldverhältnisse zunächst selbständig nebeneinander. Ihr Gegenstand ist der gleiche, dagegen braucht der Inhalt im Uebrigen nicht gleich zu sein. Z. B. Leistungsort[5]) und Leistungszeit können für die mehreren Schuldner verschiedene sein[6]); der eine kann bedingt[7]), der andere unbedingt haften; die Verpflichtung des einen Gesammtschuldners kann gültig, die des anderen ungültig sein[8]) — es sei denn, daß nach Inhalt des Geschäfts, auf dem die mehreren Verpflichtungen beruhen, die Ungültigkeit der einen die der anderen nachzieht.

2. Weil das Ziel dieser verschiedenen Verbindlichkeiten das gleiche ist und nur einmal erreicht werden soll, befreit jeder Mitschuldner, soweit er erfüllt, nicht nur sich selbst von seiner eigenen Verbindlichkeit, sondern auch seine Mitschuldner von der ihrigen. Und ebenso wirkt, was der Erfüllung gleichsteht. Im Uebrigen aber kann das rechtliche Schicksal der in Rede stehenden Verbindlichkeiten auch im weiteren Verlaufe ein verschiedenes sein. Demgemäß unterscheiden wir „gesammtwirkende Thatsachen", welche auf sämmtliche verbundenen Schuldverhältnisse Einfluß üben, und andere, die nur auf dasjenige Schuldverhältniß einwirken, in dem sie vorkommen.

a) Gesammtzerstörlich wirkt in dieser Weise zunächst die Erfüllung des einen Schuldverhältnisses[9]). Die Erfüllung befreit also alle anderen Gesammtschuldner gegenüber dem Gläubiger[10]). Bei theilweiser Erfüllung[11]) soweit als geleistet worden ist[12]).

Gesammtschuldverhältnissen ausgemacht, so verlieren sie ihren allgemeinen Charakter. Vgl. Bd. I § 79 bei Note 14.

5) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 283.

6) Geräth ein Schuldner, dessen Verpflichtung noch nicht fällig war, in Konkurs, so kann die Schuld nach Konkursgrundsätzen gegen ihn wie eine unbetagte geltend gemacht werden, und ist der etwaige Ausfall demnächst (nach Fälligkeit der Schuld) von den übrigen Gesammtschuldnern zu fordern. Ist über mehrere Gesammtschuldner das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Konkurs den ganzen Betrag anmelden, den er bei Eröffnung des betreffenden Verfahrens noch zu fordern hat. § 68 KO.

7) Auch auflösend bedingt. Die betreffende Schuld scheidet dann als unwirksam aus (ähnlich wie auch bei Ungültigkeit, s. u.).

8) Nichtig oder anfechtbar und angefochten. Vgl. im Uebrigen oben § 206 zu Note 29.

9) Geschehe sie durch den betreffenden Gesammtschuldner selbst oder durch einen Dritten. S. o. §§ 154, 182. Geschehe sie freiwillig oder zwangsweise (auf Klage des Gläubigers, Zwangsvollstreckung 2c.).

10) Ueber die Subrogation des Zahlenden s. o. § 201. Der zahlende Mitschuldner tritt jedenfalls in die Rechte des Gläubigers ein, soweit er

Und wie die Erfüllung, müssen auch die bekannten Surrogate der Erfüllung wirken[13]), also Leistung an Erfüllungsstatt, die Hinterlegung des Schuldgegenstandes[14]) und Schuldumwandlung (Novation), soweit sie noch vorkommt[15]). Das Gleiche gilt von der Aufrechnung als Erfüllungssurrogat. Die Aufrechnungserklärung des einen Mitschuldners wirkt also befreiend auch für die anderen Mitschuldner[16]). Doch kann Jeder nur mit einer ihm selbst zustehenden Forderung aufrechnen, nicht mit Forderungen eines anderen Gesamtschuldners[17]). Denn über dessen Vermögen kann er nicht verfügen. § 422 BGB. Ebensowenig kann ein Gesammtschuldner der Forderung des Gläubigers die Einrede entgegensetzen, daß dieser sich durch Aufrechnung gegen einen anderen Gesammtschuldner befriedigen könne. Denn kein Gesammtschuldner darf den Gläubiger auf einen anderen verweisen[18]).

Gesammtzerstörlich wirken auch sonstige Befreiungsgründe von einer Verpflichtung, wenn sie auf sämmtliche Schuldverhältnisse zugleich Bezug haben. So z. B., wenn die geschuldete Leistung aus einem von keinem Schuldner zu vertretenden Umstande unmöglich wird[19]), oder wenn der Gläubiger sämmtlichen Schuldnern ihre Verpflichtung erläßt[20]). Letzteres kann er auch durch einen mit einem einzigen Gesammtschuldner geschlossenen Vertrag[21]), wenn nur bei der Vereinbarung die betreffende Absicht erhellt. § 423 BGB.[22]).

---

wider seine Mitschuldner Regreß hat (s. u. Ziff. II); der zahlende Dritte nur nach den Grundsätzen des § 268 BGB. (oben § 154).

11) Gleichgültig, weshalb sie zu Stande kam. An dem regelmäßigen Weigerungsrecht des Gläubigers, Theilleistung anzunehmen, wird nichts geändert.

12) Ueber den Vorrang des Gläubigers vor dem Subrogirten in diesem Falle, s. o. § 201 bei Note 28.

13) S. o. §§ 187 ff.

14) Wenn die Rücknahme des Hinterlegten ausgeschlossen ist. Solange sie nicht ausgeschlossen ist, kann jeder Gesammtschuldner den fordernden Gläubiger auf das Depot verweisen. S. §§ 378, 379 BGB. u. oben § 190.

15) S. o. § 188, und über die gesammtzerstörliche Wirkung auch Dernburg § 162 II Ziff. 3. A. M. Schollmeyer zu § 422 i. f.

16) Selbstverständlich nur bis zur Höhe der Gegenforderung.

17) S. schon oben § 192 Ziff. 4 — gegen das röm. Recht im Falle des Gesellschaftsverhältnisses zwischen den mehreren Schuldnern (l. 10 Dig. de duob. reis 45, 2) aber in Uebereinstimmung mit den bedeutendsten Partikularrechten.

18) S. o. Note 4.

19) S. o. § 158. Hat einer die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten, so haftet dieser nach gewöhnlichen Grundsätzen auf Schadensersatz ꝛc., die übrigen Schuldner sind frei. S. § 425 BGB. u. unten lit. b.

20) S. o. § 195 Ziff. I. — Den Beweis haben die Entlassenen (jeder für seine Person) zu führen.

21) S. o. § 206 Note 34 ff.

22) Selbstredend kann der Gläubiger auch nur einen oder einige Gesammt-

Gleiches gilt für den Abschluß eines negativen Anerkennungsvertrages (arg. § 397 Abs. 2)[23]), oder den Vergleich mit einem Gesammtschuldner[24]) und eine Schuldübernahme[25]), wenn damit eine Entlassung sämmtlicher anderen Schuldner bezweckt wird.

Und wie die völlige Befreiung der Schuldner wird auch die Erleichterung behandelt, welche durch Annahmeverzug des Gläubigers in ihrer Verpflichtung entsteht. Ist daher der Gläubiger durch einen Gesammtschuldner in Annahmeverzug gesetzt, so wirkt dies für die übrigen Gesammtschuldner[26]). § 424.

b) Immerhin sind die genannten gesammtzerstörlich wirkenden Thatsachen nicht zahlreich. Wird durch Parteiverabredung noch anderen Thatsachen gesammtzerstörliche Wirkung beigelegt (§ 425 Abs. 1), so ist dies Ausnahme[27]). Regelmäßig wirken alle anderen als die oben genannten Thatsachen lediglich im Verhältniß der Parteien, zwischen denen sie vorkommen. Dies entspricht der Selbständigkeit der verschiedenen Schuldverhältnisse[28]). So wirkt insbesondere ein Verschulden oder Verzug, in dem sich der eine Gesammtschuldner befindet, nicht über den Rahmen seines Schuldverhältnisses

---

schuldner entlassen. — Dadurch kann aber den fortdauernd haftenden Gesammtschuldnern der Regreß (§ 426 BGB.) nicht verkümmert werden.

23) Weil ein solcher regelmäßig dem Erlaß gleichsteht. S. o. § 195 Ziff. II.

24) Insofern der Vergleich mit einer materiellen Befriedigung des Gläubigers verbunden ist oder einen Erlaß enthält. — Der Zwangsvergleich (oben § 195 Ziff. III) läßt die Rechte des Gläubigers gegen die Mitschuldner des Kridars unberührt.

25) Insoweit der Vertrag zwischen dem Schuldübernehmer und allen Gesammtschuldnern unter Genehmigung des Gläubigers zu Stande kommt. Aber auch sofern der zwischen dem Uebernehmer und einem Schuldner unter Zustimmung des Gläubigers oder zwischen dem Uebernehmer und Gläubiger direkt geschlossene Vertrag die Befreiung aller Gesammtschuldner bezweckt. S. auch Dernburg § 162 Note 13. — Sollte nach dem Vertrag nur ein bestimmter Gesammtschuldner durch einen anderen ersetzt werden, so ist auch dies selbstredend zulässig und gültig. Ist aber der Uebernehmer zahlungsunfähig, so wird das oben Note 22 Gesagte entsprechende Anwendung finden (der Ausfall also nicht ohne Weiteres von den übrigen Gesammtschuldnern zu tragen sein), falls nicht sämmtliche Schuldner an dem Vertrage Theil nahmen.

26) Da die Erfüllung des einen Schuldners den anderen befreit, darf ihnen gegenüber auch der Gläubiger die Erfüllung nicht verhindern. Es wäre auch unnöthige Zeit- und Kraftverschwendung, wenn jeder Mitschuldner (um der Verzugsvortheile theilhaftig zu werden) noch besonders die Leistung anbieten müßte ꝛc. S. im Uebrigen oben §§ 163 ff.

27) Wer dadurch befreit zu sein behauptet, muß nicht nur die betreffende Thatsache, sondern auch die beabsichtigte gesammtzerstörliche Wirkung derselben beweisen. — Dagegen haftet der Bürge kraft Gesetzes auch für die durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners verursachten Aenderungen seiner Verbindlichkeit.

28) Erst das Bürgerliche Gesetzbuch hat die volle Konsequenz gezogen. Die bisherigen Rechte schwankten.

hinaus: die anderen Schuldner sind also z. B. für den Schadensersatz nicht verpflichtet[29]). Kündigung führt nur mit Beziehung auf den kündigenden oder gekündigten Schuldner die Fälligkeit des Schuldverhältnisses herbei[30]). Wird die geschuldete Leistung in der Person eines Gesammtschuldners unmöglich[31]), so tritt die entsprechende Folge[32]) nur bei dem Schuldner ein, welcher nicht leisten kann. Aehnlich kann der Anspruch des Gläubigers gegen einen Schuldner verjähren, gegen den anderen nicht. Sowohl die Wirkung der vollendeten Verjährung, als die Unterbrechungs- und Hemmungsgründe der Verjährung[33]) beschränken sich auf die Person des Gesammtschuldners, bei welchem sie eingetreten sind. Beerbung des Gläubigers durch einen Schuldner und umgekehrt, oder die sonstigen Gründe der Vereinigung[34]) lassen die Verpflichtung der übrigen Gesammtschuldner unberührt[35]); die Wirkung des rechtskräftigen Urtheils zwischen dem Gläubiger und einem Schuldner beschränkt sich auf die Parteien[36]) u. s. w.[37]). § 425 BGB.

3. Hieraus ergibt sich auch das Feld der für den einzelnen Gesammtschuldner brauchbaren Einwendungen. Er kann dem Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, welche auf gesammtzerstörlichen Thatsachen beruhen oder allen Schuldnern gemeinsam sind; im Uebrigen nur die, welche ihm persönlich wider den Gläubiger zustehen. Unbrauchbar sind Einwendungen, die einem anderen Gesammtschuldner persönlich zustehen, oder dem inneren Verhältnisse der Schuldner untereinander entnommen sind: insbesondere

---

29) Soweit der Schuldnerverzug den Annahmeverzug des Gläubigers purgirt (s. o. § 165), ist dies hier nur relativ der Fall. Der Gläubiger, der in Annahmeverzug versetzt war und darauf von einem anderen Schuldner nicht Leistung erlangen kann, darf diesen in Verzug setzen und befindet sich ihm gegenüber nicht mehr im Annahmeverzuge; wohl aber wirkt dieser Verzug noch gegenüber den anderen Schuldnern. — Hat er aber denselben Schuldner, der ihn in Verzug gesetzt hatte, nachträglich fruchtlos gemahnt ꝛc., so tilgt er dadurch seinen Annahmeverzug gegenüber sämmtlichen Schuldnern. Vgl. Schollmeyer § 424 Note 3.

30) S. o. bei Note 6 in Verbindung mit § 156 Ziff. II.

31) Bezw. wenn bei Gattungsschulden Einer zur Leistung unvermögend ist.

32) Je nachdem Befreiung von der Verbindlichkeit oder die Verpflichtung zu Schadensersatz.

33) S. o. Bd. I bes. §§ 116, 117.

34) S. o. § 196 über confusio.

35) Insoweit dadurch der Regreß der anderen Gesammtschuldner verkümmert würde, wirkt die Vereinigung nicht, d. h. der Gläubiger muß den entsprechenden Regreßantheil selbst tragen resp. kann ihn von den Anderen nicht fordern. Vgl. o. Note 22.

36) Vgl. §§ 325 ff. CPO. u. oben Note 2 (auch Bd. I § 130).

37) § 425 BGB. ist lediglich exemplifikativ. Eine erschöpfende Aufzählung ist weder möglich noch Bedürfniß.

ihrem wechselseitigen materiellen Recht auf Ausgleichung[38]). Das Verhältniß der Schuldner untereinander geht den Gläubiger nichts an; die Voraussetzung eines Gesammtschuldners, sich nach der Zahlung an den Mitschuldnern erholen zu können, ist dem Gläubiger gegenüber rechtsunerheblich[39]). Ebensowenig garantirt der Gläubiger den Gesammtschuldnern den Regreß; es sei denn, daß ein Schuldner sich nur unter der Bedingung der Gültigkeit sämmtlicher Schuldverpflichtungen verbunden hätte[40]). Hiermit in Verbindung steht der Ausschluß des Einwandes aus § 776 BGB. für gewöhnliche Gesammtschuldner[41]).

II. Verhältniß der Gesammtschuldner untereinander.

Dieses Verhältniß wird, wie wir gesehen haben, von dem Gesichtspunkt der Rechtsgemeinschaft unter den Mitschuldnern beherrscht. Die Leistungspflicht wird kraft Gesetzes unter ihnen als eine getheilte aufgefaßt. Im Verhältniß zu seinen Mitschuldnern soll Keiner mehr als seinen Antheil zu leisten brauchen: d. h. nicht mehr als er dem Gläubiger leisten müßte, wenn Theilschulden[42]) vorlägen. Auch hier sind die Antheile daher regelmäßig gleiche, soweit nicht durch Rechtsgeschäft[43]) oder Gesetz ein Anderes bestimmt ist. § 426 Abs. 1.

Daraus ergibt sich

1. Soweit ein Gesammtschuldner dem Gläubiger mehr als diesen Antheil geleistet hat[44]), kann er von seinen Mitschuldnern das (diesen gegenüber) zu viel Gezahlte[45]) antheilig[46]) herausverlangen[47]).

---

38) S. u. Ziff. II. — Anders im oben Note 35 erwähnten Falle. Dort berührt der Einwand nicht lediglich das Verhältniß der Gesammtschuldner untereinander.

39) Auch wenn das Gesammtschuldverhältniß auf Vertrag beruht (s. o. Bd. I § 78 Note 4).

40) Von diesem Falle war schon in anderem Zusammenhang die Rede. S. o. Ziff. 1.

41) Selbst dann, wenn das Geschäft nach Innen hin nur Einen angeht (s. o. § 206 zu Note 60). Nach Außen hin ist keine Bürgschaft übernommen; den Gläubiger geht das innere Verhältniß nichts an. Letzterem gegenüber stehen alle Gesammtschuldner gleich, und er garantirt die Subrogation sowenig, wie in den früheren Textfällen den Regreß. Die Aussicht darauf bleibt rechtsunerhebliche Voraussetzung des betreffenden Schuldners, wie dort. — Eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers, nicht durch Verzögerung der Beitreibung der Schuld die Ausgleichungsinteressen der Mitschuldner (§ 426 Abs. 1 Satz 2) zu verletzen, kann auch hier nicht in höherem Grade als bei der Bürgschaft angenommen werden.

42) S. o. § 206 Ziff. I.

43) Das der Gesammthaftung zu Grunde liegende oder ein besonderes Geschäft.

44) Freiwillig oder zwangsweise, z. B. auf Klage des Gläubigers.

45) Also den eigenen Antheil muß er sich gleich selbst verrechnen. S. jedoch unten Note 49 ff.

Wird der Rückgriff lediglich auf das Gesetz gestützt[48]), so sind die Antheile, wie bemerkt, gleich. Doch wird der Antheil eines Zahlungsunfähigen[49]) unter alle Gesammtschuldner vertheilt, sodaß die Beiträge sich entsprechend erhöhen[50]). Ebenso wenn aus sonstigem Grunde von einem Gesammtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden kann[51]). § 426 Abs. 1.

Die Ausgleichung kann auch für Theilleistungen verlangt werden, aber immer nur in dem obigen Verhältnisse[52]). Ebenso für eine etwaige Leistung an Erfüllungsstatt[53]). Diese ist nach dem Werth zur Zeit der Hingabe, aber nie über den Betrag des Geschuldeten hinaus[54]) zur Ausgleichung zu bringen.

Auf der anderen Seite beschränkt sich die Wirkung der inneren Getheiltheit der Schuld nicht auf die Regreßfrage, sondern äußert sich unter den Genossen unter Umständen *schon vor der Zahlung*. *Jeder Gesammtschuldner hat schon von vornherein dafür zu sorgen, daß keiner mehr als seinen Antheil zu leisten hat*, und hat sich zu diesem Zweck mit den Genossen in Verbindung zu setzen[55]). Jeder Mitschuldner kann zum eventuellen Beitrag seines Antheils auch von den Genossen zwangsweise angehalten werden[56]).

---

46) Er muß seine Regreßforderung wider die Anderen sogleich richtig vertheilen.

47) Zu beweisen hat er nichts weiter als seine Zahlung, wenn er den Regreß nach Kopftheilen nimmt. Denn das ist nach § 426 die Regel.

48) Im Gegensatz zu einem besonderen Rechtsgrund der Verpflichtung, der das Antheilsverhältniß anderweitig bestimmt. S. u. Note 60 ff.

49) Nicht auch der Antheil desjenigen, der durch Verjährung oder persönlichen Erlaß des Gläubigers von seiner Verpflichtung gegen diesen befreit wurde. S. o. Noten 22, 25 i. f. u. 35.

50) Um nicht den Leistenden zu sehr zu belasten. Doch hat sich auch der Regreßnehmer selbst einen erhöhten Beitrag zur Last zu schreiben.

51) Z. B. wegen Unbekanntschaft seines Wohnsitzes und Aufenthaltsorts. — Selbstredend handelt es sich nur um eine Ausgleichungsvorschrift, nicht um eine definitive Befreiung des Nichtzahlenden. Kommt er zurück bezw. wieder zu Vermögen, so können die ehemaligen Gesammtschuldner ihn auf Erstattung belangen, soweit dies an sich zulässig ist.

52) Die Ausgleichungspflicht bezieht sich auf jeden Theil des Gesammtschuldverhältnisses. Hängt es doch vom Gläubiger ab, wieviel er beitreibt. Siehe auch Dernburg § 163 Note 5, Schollmeyer § 426 Note 3 b. Entsch. d. ROHG. Bd. 24 S. 99.

53) Ebenso wenn den Gesammtschuldnern Erlaß gegen ein von einem Einzelnen geleistetes *Aequivalent* gewährt wurde.

54) Denn zu mehr sind die anderen Gesammtgläubiger nicht, also mangels besonderer Einwilligung auch nicht im Regreßwege verpflichtet.

55) Denn an dem Satze, daß der *Gläubiger* Theilleistungen nicht anzunehmen braucht, wird durch das Gesagte nichts geändert. Die Mitschuldner müssen entweder *gleichzeitig* anbieten oder vor dem Angebot an den Gläubiger *die Leistung zusammenschießen*, in welchem Falle sie dieselbe dann auch durch Einen anbieten lassen können u. dgl.

2. Das besondere Rechtsverhältniß der Mitschuldner kann eine Modifikation der Ausgleichungsgrundsätze herbeiführen[57]). Schon der Umstand, daß ein Mitschuldner durch schuldhaftes Verhalten die Gemeinschaftsinteressen verletzt[58]), führt gegebenenfalls den Ausschluß oder eine Herabminderung seiner Ausgleichungsansprüche wider die übrigen Mitschuldner herbei. Vollends wenn er besondere gegen die Mitschuldner bestehenden Pflichten (z. B. aus Auftrag, nützlicher Geschäftsführung u. dgl.) vernachlässigt[59]).

Solche besonderen Pflichten ergeben sich häufig auch aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Z. B. die Gesammtschuldner sind Gesellschafter[60]); oder der Schuldposten geht nur den einen Gesammtschuldner materiell an, während die anderen sich nur zur größeren Sicherheit des Gläubigers mitverpflichtet haben[61]). Oder von mehreren aus einer gemeinschaftlich begangenen unerlaubten Handlung zum Schadensersatz Verpflichteten war der eine der Hauptthäter, der andere nur Gehülfe[62]). Auch das Gesetz selbst stellt in gewissen Fällen, wo es gesammtschuldnerische Haftung verfügt, einen besonderen Maßstab der Vertheilung auf. S. z. B. §§ 840 Abs. 2 u. 3, 841, 1833 Abs. 2 BGB.

3. Der Gesammtschuldner, welcher den Gläubiger befriedigte, tritt kraft Gesetzes in die Rechte des Gläubigers[63]).

56) Jeder kann gegen den anderen auf geeignete Mitwirkung klagen. Bei schuldhafter Außerachtlassung der betreffenden Pflichten erweitert sich der Anspruch nach allgemeinen Grundsätzen auf Schadensersatz 2c.

57) Von der Dispositivqualität des § 426 Abs. 1 BGB. war schon die Rede.

58) Z. B. einen von den anderen Schuldnern zu deckenden Ausfall an der Forderung des Gläubigers verursacht. Die Verletzung braucht aber gar nicht in der Richtung gegen den Gläubiger begangen zu werden. Sie kann direkt wider die Mitschuldner stattfinden. Z. B. der Schuldner betreibt wider einen Mitschuldner den Ausgleichungsanspruch so nachlässig, daß der Mitschuldner in der Zwischenzeit zahlungsunfähig wird. Den betreffenden Ausfall muß er (gegen § 426 Abs. 1 Satz 2) selbst tragen. (Darin liegt kein Widerspruch gegen Note 41 i. f. Denn der Mitschuldner hat die Gemeinschaftsinteressen zu wahren, während es solche für den Gläubiger nicht gibt.)

59) Z. B. er sollte die Antheile der einzelnen Mitschuldner bei diesen einkassiren und dem Gläubiger die Gesammtleistung überbringen. Statt dessen legt er, weil ihm dies bei einem Mitschuldner zu lästig ist, einfach die Summe vor, und der Betreffende wird nachher zahlungsunfähig.

60) Sie haben also gegeneinander die aus der Gesellschaft sich ergebenden Vertragspflichten (unten §§ 280 ff.).

61) S. o. § 206 zu Note 60. In diesem Falle hat der garantirende Gesammtschuldner Regreß für das Ganze wider den materiell Betheiligten — dieser regelmäßig keinen gegen den Garanten.

62) Es ist nicht anzunehmen, daß diese untereinander zu gleichen Theilen haften sollen. S. auch Dernburg § 163 Ziff. IV. i. f.

63) Ueber den Begriff, Umfang und die Vortheile dieser Subrogation s. schon oben § 201 Ziff. II, wo der Eintritt im Zusammenhang behandelt ist. Es handelt

§ 426 Abs. 2. Kraft dessen hat er Ansprüche z. B. auch aus Bürgschaften und Pfandrechten, die für die Forderung bestanden; im Konkurs genießt er die Vorzugsrechte des bisherigen Gläubigers[64]). Jedoch mit zwiefacher Beschränkung. Nämlich:

a) Der Eintritt in die Rechte des Gläubigers erfolgt nur zu Ausgleichungszwecken. Die Geltendmachung der Gläubigerrechte ist also ausgeschlossen, soweit der Leistende für seine Ziff. 1—2 besprochenen Regreßansprüche befriedigt ist[65]). Auch kann er auf diesem Wege keinesfalls von irgend einem Mitschuldner mehr als dessen Antheil verlangen[66]): letztere haften ihm also nicht solidarisch, wie dem Gläubiger.

b) Der Uebergang tritt nie zum Nachtheil des Gläubigers ein. Soweit der Gläubiger also nicht voll befriedigt ist, geht er dem Ausgleichungsberechtigten vor[67]). § 426 i. f.

§ 208.

B. Gesammtforderungen.

Gesammtforderungen liegen vor, wenn Jemand aus irgend einem Rechtsgrund mehreren Personen zu derselben Leistung verpflichtet ist, sodaß er nach Belieben dem einen oder anderen leisten kann, mit der Maßgabe daß er die Leistung nicht mehr als einmal zu bewirken hat. Hier sind also mehrere Personen Gläubiger, und selbständig berechtigt die ganze Leistung beizutreiben[1]); in dieser Hinsicht

sich vor Allem um den Eintritt in die Sicherheiten des Gläubigers. — Die Subrogation steht an Stelle des röm. beneficium cedendarum actionum.

64) Arg. § 401 Abs. 2 BGB.

65) Also vor Allem muß er den hiernach auf ihn selbst entfallenden Antheil selbst tragen. Er kann ihn nicht ex iure cesso von Bürgen und dritten Pfandbestzern wieder beitreiben. Sobald er (sei es mit dem persönlichen Anspruch oder dem des Gläubigers) das Regreßziel erreicht hat, erlöschen sämmtliche Ansprüche. — In diesem Rahmen aber hat er unter ihnen ein Wahlrecht (vorbehaltlich unten lit. b).

66) Vgl. § 426 Abs. 2, verbis: „soweit ein Gesammtschuldner .... von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann". Dies ist nach Abs. 1 eben nur pro rata der Fall.

67) Näheres darüber s. o. § 201 zu Note 28 ff. — Hatte der Gläubiger im Konkurse eines Gesammtschuldners die ganze Forderung angemeldet und empfängt hinterher von einem Anderen theilweise Befriedigung, so kann er die Konkursdividende gleichwohl von der ganzen Summe verlangen. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 180. S. noch oben § 201 Note 35.

1) Es liegen nebeneinander mehrere selbständige Forderungsrechte vor. S. o. §§ 139, 206. Auch keine „volle Mitberechtigung" der Mehreren an einer Leistung, wie Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 190 ff. (trotz Anerkennung der mehreren Schuldverhältnisse) zu formuliren sucht. Dies sind unvereinbare Begriffe.

braucht kein Mitgläubiger auf den anderen Rücksicht zu nehmen. Anderseits hat der Schuldner das Recht zu leisten, an wen er will, und kann dadurch sogar den schon erhobenen Anspruch eines anderen Gläubigers durchkreuzen[2]). Der Schuldner kann auch theils an den einen und theils an einen anderen Gläubiger leisten, soweit es ihm gelingt eine Theilzahlung anzubringen. Denn an dem Recht, die Annahme von Theilleistung zu verweigern[3]), wird auch hier nichts geändert[4]).

Wie bei den Gesammtschulden ist auch hier das Verhältniß der mehreren Gläubiger zum Schuldner und das der Gläubiger untereinander zu betrachten.

I. Das Verhältniß zum Schuldner ist demjenigen zum Gläubiger bei den passiven Gesammtschuldverhältnissen analog[5]). Es steht also

1. zunächst der Schuldner zu jedem Gläubiger in einem besonderen Schuldverhältniß auf den gleichen Leistungsgegenstand. Dagegen braucht der Inhalt der Verpflichtung im Uebrigen nicht gleich zu sein. Z. B. die Berechtigung des einen Gläubigers kann bedingt oder betagt, diejenige des anderen fällig, — die des einen gültig, des anderen ungültig sein ꝛc.[6]).

2. Weil aber das Ziel dieser verschiedenen Verbindlichkeiten das gleiche ist und dieses Ziel nur einmal erreicht werden soll, so befreit sich der Schuldner, soweit er erfüllt, von der Verpflichtung gegenüber allen Gläubigern. Der Schuldner hat dabei ein unbedingtes Wahlrecht bis zur Leistung selbst. Dies gilt auch dann, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben hatte. § 428. Der Gläubiger, welcher klagt, schließt dadurch nicht die anderen Gläubiger aus[7]), sondern alle können klagen, geradeso wie sie fordern können. Alle können gegen den Schuldner ein rechtskräftiges Urtheil erwirken[8])

2) Dies sind starke Willkürlichkeiten, die das Institut nicht gerade empfehlen. S. auch oben § 206 Note 16. Der praktische Effekt wird sich vielfach bequemer durch Aufstellung von Zahlungs- und anderen Bevollmächtigten ꝛc. erreichen lassen. Um so mehr als das Mandat den Vortheil der Kündbarkeit besitzt, während die Mitgläubiger nicht so leicht aus ihrem Verhältniß loskommen können.

3) S. § 266 BGB. u. oben § 154.

4) Dagegen hat der nach Annahme einer Theilleistung noch verschuldete Rest natürlich hier sowenig wie überall den Charakter einer Theilleistung. Die Verweigerung der Annahme des Restes ist also nicht mehr unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt.

5) S. o. § 207 Ziff. I.

6) S. a. a. O. Note 5 ff.

7) Das Präventionsprinzip bestand nach röm. und gemeinem Recht. S. l. 16 Dig. de duob. reis 45, 2.

8) Die vorherige Belangung durch einen Gesammtgläubiger schafft weder

und die Zwangsvollstreckung betreiben. Aber der Schuldner kann die Zwangsvollstreckung durchkreuzen, indem er an einen anderen Gläubiger erfüllt. Er hat dann gegen den betreibenden Theil den Einwand der Zahlung[9]). Der Gläubiger, welcher zwangsweise gegen den Schuldner vorgeht, hat also bis zur endgültigen Durchführung der Zwangsvollstreckung[10]) niemals sichere Aussicht, zum Ziele zu gelangen[11]).

3. Gesammtzerstörlich wirken[12]) außer der Erfüllung wiederum die bekannten Surrogate der Erfüllung[13]), also Leistung an Erfüllungsstatt, die Hinterlegung des Schuldgegenstandes für einen Gläubiger[14]) und die Schuldumwandlung (Novation), soweit sie noch vorkommt[15]). Gesammtwirkung hat auch die Aufrechnung als Erfüllungssurrogat, wenn der Schuldner die Aufrechnungserklärung gegenüber demjenigen Gläubiger abgibt, gegen den er eine Forderung hat. Ebenso kann dieser Gläubiger, nicht aber ein anderer, gegenden Schuldner aufrechnen[16]).

Gesammtwirkung haben auch die sonstigen Befreiungsgründe von einer Verpflichtung, wenn sie sich auf sämmtliche Schuld-

---

Rechtshängigkeit noch Rechtskraft gegen die von einem anderen Gesammtgläubiger erhobene Klage. S. o. § 207 Note 2.

9) Vgl. über diesen Einwand, sofern er im Laufe des Prozesses bis zum Urtheil erhoben wird, oben Bd. I § 129 Ziff. 1 (bei Note 10). Erfolgte die Zahlung erst nach dem Urtheil, so kann der Einwand bis zur thatsächlichen Durchführung der Zwangsvollstreckung auch noch in diesem Verfahren erhoben werden. S. § 767 CPO.

10) Welche nach allgemeinen Grundsätzen als zwangsweise Erfüllung der freiwilligen gleichsteht und alle bestehenden Schuldverhältnisse gleichmäßig tilgt. S. u. Ziff. 3.

11) Ja der Schuldner kann drohen, daß er, wenn Einer klage, gerade darum an einen Anderen leisten werde. Aushülfe bietet — neben dem allgemeinen Prinzip von Treu und Glauben ꝛc. — das regelmäßig auch hier bestehende Ausgleichungsrecht unter den mehreren Gläubigern. S. u. Ziff. II.

12) Vgl. o. § 207 zu Note 9 ff.

13) S. o. §§ 187 ff.

14) Wenn die Rücknahme des Hinterlegten ausgeschlossen ist. Solange sie es noch nicht ist, kann sich der Schuldner gegenüber allen Gesammtgläubigern darauf berufen, daß er zu Gunsten eines Gläubigers hinterlegt habe. Es wäre unbillig das Gegentheil anzunehmen, da der Schuldner doch nicht gut für alle Gläubiger hinterlegen kann. Es wäre aber auch inkonsequent: denn 1) wirkt schon der Annahmeverzug des einen gegen die anderen Gläubiger. Warum also nicht die meist nur in Folge Annahmeverzugs geschehende Hinterlegung? 2) wendet § 429 Abs. 3 einfach den § 422 auf das aktive Gesammtschuldverhältniß an. Wenn also dort allgemein einer jeden (nicht blos der unwiderruflichen) Hinterlegung Gesammtwirkung verliehen ist, so auch hier. Zustimmend Dernburg § 165 Note 3. A. M. die Komm. v. Planck, Oertmann, Schollmeyer.

15) S. o. § 188. Besonders wichtig ist der Fall des § 607 Abs. 2. Der Schuldner kommt mit einem Gläubiger überein, ihm den geschuldeten Betrag nunmehr als Darlehen zu verschulden.

16) Arg. §§ 422 Abs. 2, 429 Abs. 3 BGB.

verhältnisse zugleich beziehen. So vor Allem, wenn die Leistung aus einem vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstande unmöglich wird oder wenn Forderung und Schuld sich in der Person eines Gesammtgläubigers vereinigen. § 429 Abs. 2[17]). Denn da der Schuldner leisten kann an wen er will, versteht sich, daß er sich hier in seiner Eigenschaft als Gläubiger selbst leisten wird[18]).

Nicht ganz so selbstverständlich ist es, daß ein Gesammtgläubiger die Schuld auch mit Wirkung für die übrigen Gesammtgläubiger erlassen kann. §§ 423, 429 Abs. 3. Die Gleichstellung mit den Gesammtschulden[19]) rechtfertigt sich nicht durch die Gleichheit des Akts: denn letzterer enthält hier einen Eingriff in die Rechtssphäre der anderen Gläubiger[20]). Die Gleichstellung rechtfertigt sich nur auf Grund des zwischen den Gesammtgläubigern bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses[21]), kraft dessen der Erlassende seinen Genossen zur Ausgleichung verpflichtet ist[22]). Dasselbe wie vom Erlasse gilt vom Abschluß eines negativen Anerkennungsvertrages (arg. § 397 Abs. 2), dem Vergleich eines Gesammtgläubigers mit dem Schuldner[23]) und von der Bewilligung resp. Zustimmung zu einer Schuldübernahme[24]).

Und wie der völlige Schulderlaß seitens eines Gesammtgläubigers mit Wirkung für Alle möglich ist, so wirkt auch die Erleichterung, welche der Annahmeverzug eines Gläubigers dem Schuldner gewährt, über dessen Person hinaus wider die übrigen Gesammtgläubiger. § 429 Abs. 1[25]).

---

17) Im Gegensatze zu Gesammtschulden. S. o. § 207 zu Note 34. Die Vereinigung tritt, außer durch Erbgang ꝛc., hier häufig durch Abtretung der Forderung eines Gesammtgläubigers an den Schuldner ein.

18) Die Vorschrift des § 429 Abs. 2 BGB. beruht auf ähnlichen Erwägungen wie die des § 181 eod.

19) S. o. § 207 zu Note 20 ff.

20) Einen Eingriff, der regelmäßig ihrer Zustimmung bedürfte. S. o. Bd. I § 84. Der Erlassende entzieht ihnen einseitig ihr Forderungsrecht.

21) S. o. § 206 Note 34 ff. — Selbstredend ist auch ein bloßer Erlaß in personam (beschränkt auf die Person des betreffenden Gläubigers) zulässig.

22) S. u. Ziff. II. — Der Erlassende ist formell durch das Gemeinschaftsverhältniß zu diesem Eingriff in die Vermögenssphäre seiner Genossen legitimirt; materiell kann er ihnen dadurch nichts entziehen, da die Forderung nach § 430 im Verhältniß der Gesammtgläubiger zueinander getheilt ist. Jeder kann also seinen Antheil vom Erlassenden herausverlangen (von dem, was ohne den Erlaß vom Schuldner gezahlt sein würde).

23) S. o. § 207 Note 23 ff.

24) Es gelten entsprechend die Grundsätze der Note 22. Vgl. o. § 207 Note 25. Im Uebrigen s. u. Ziff. II. A. M. wegen der Schuldübernahme Schollmeyer § 429 Note 2a.

25) Auch dies läßt sich nicht durch die Analogie des § 424 BGB. recht-

Auch hier kann kraft der freien Parteiverabredung noch anderen Thatsachen Gesammtwirkung beigelegt werden[26]). Aber dies ist Ausnahme. Vielmehr stehen im Uebrigen sämmtliche Einzelschuldverhältnisse vollkommen unabhängig nebeneinander. Die ihr rechtliches Schicksal bestimmenden Thatsachen wirken nicht über das Schuldverhältniß hinaus, bei dessen Subjekten sie vorkommen. Dies gilt z. B. für die blos gegenüber einem Gesammtgläubiger eintretende Unmöglichkeit der Leistung, Verschulden, Verzug[27]); Vollendung der Verjährung gegenüber einem Gläubiger und für die nur gegenüber Einem vorliegenden Unterbrechungs- und Hemmungsgründe der Verjährung. Kündigung an oder seitens eines Gläubigers führt nur mit Beziehung auf ihn die Fälligkeit der Schuld herbei; das rechtskräftige Urtheil zwischen einem Gläubiger und dem Schuldner wirkt nicht über die Parteien hinaus[28]). Auch wenn die Forderung eines Gesammtgläubigers auf einen Dritten übertragen wird[29]), so berührt dies die Rechte der übrigen Gesammtgläubiger nicht. § 429 Abs. 3 i. f. Der bisherige Gläubiger ist nicht mehr forderungsberechtigt, der neue ist es als Gesammtgläubiger. Aber in die Rechtsgemeinschaft der bisherigen Gesammtgläubiger tritt er nicht ein, und der Abtretende wird aus der letzteren nicht entlassen: er haftet also den Genossen fortdauernd auf Ausgleichung[30]).

II. Das Verhältniß der Gesammtgläubiger untereinander wird auch hier durch den Gesichtspunkt der zwischen ihnen obwaltenden Rechtsgemeinschaft bestimmt. § 430 BGB. Also unter den Genossen besteht Mitberechtigung nach Antheilen, d. h. keiner

---

fertigen: denn dort nützt, hier dagegen schadet der Annahmeverzug den Genossen. Die Vorschrift ist aber (a maiori ad minus) eine nothwendige Folge der Gesammtwirkung des Erlasses. Es wäre auch unnöthige Zeit- und Kraftverschwendung, wenn der Schuldner (um der Verzugsvortheile theilhaftig zu werden) jedem Gläubiger besonders anbieten müßte ꝛc. S. o. §§ 163 ff.

26) Arg. §§ 425 Abs. 1 u. 429 Abs. 3. Es gilt entsprechend das oben § 207 Note 27 Gesagte.

27) Befreiung des Schuldners oder die Verpflichtung zu Schadensersatz tritt nur gegenüber diesem Gläubiger ein; die Berechtigung der anderen Gläubiger bleibt unverändert. Daraus folgt, daß der Schuldner — da er das Recht hat zu leisten an wen er will — ohne Berücksichtigung der Verzugsfolgen die geschuldete Leistung noch an einen anderen Gläubiger bewirken kann. Dadurch fallen mitsammt dem Schuldverhältniß, in dem der Verzug vorlag, auch die Verzugsfolgen hinweg.

28) S. schon oben Note 8.

29) Freiwillig oder zwangsweise, insbesondere durch gerichtliche Ueberweisung. S. o. §§ 197 ff.

30) Nach den Grundsätzen von Ziff. II. Anders nur bei entsprechender Vereinbarung aller Gesammtgläubiger.

soll mehr erhalten resp. behalten als er empfangen würde, wenn Theilschulden vorlägen[31]). Die Antheile sind auch hier gleich[32]), soweit nicht durch Rechtsgeschäft oder Gesetz ein Anderes bestimmt ist[33]).

Daraus ergibt sich

1. Soweit ein Gesammtgläubiger mehr als seinen Antheil an der Gesammtleistung empfing, hat er den anderen Gläubigern resp. jedem einzelnen von ihnen auf dessen Verlangen seinen Antheil herauszugeben. Empfing er weniger als den ganzen Schuldposten, so hat er das Empfangene antheilig herauszugeben[34]).

2. Ja das Gemeinschaftsprinzip äußert sich auch hier schon vor und abgesehen von der Erfüllung, indem kein Gesammtgläubiger durch sein Verhalten das Gesammtinteresse (also die Aussicht eines Jeden auf Empfang seines Antheils) verletzen darf[35]). Selbstverständlich haftet hier Jeder nur für sein Verschulden[36]). Näheren Inhalt aber empfängt diese Verpflichtung regelmäßig durch das besondere Rechtsverhältniß, welches zwischen den Mitgläubigern besteht[37]). Vor Allem kommen hier die Verpflichtungen aus Auftrag oder nützlicher Geschäftsführung gegen die Mitgläubiger in Betracht[38]), oder solche aus dem der Forderung zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß, wonach z. B. Einer die ganze Leistung allein erhalten sollte, die Anderen nur zur Erleichterung der Erfüllung als Gläubiger mit zugezogen sind. Hiernach beurtheilt sich auch, was bei Annahme

---

31) S. o. § 206 Ziff. I.

32) Entsprechend § 742 BGB.

33) So insbes. in den Fällen §§ 2151, 2152 BGB. S. ferner noch unten Ziff. 2.

34) Es gilt entsprechend das oben § 207 bei Note 52 ff. Gesagte, nur mit der Maßgabe, daß es hier auf dem freien Entschluß des handelnden Gläubigers beruht, wenn er weniger als das Geschuldete annimmt. Unter Umständen macht er sich dadurch seinen Mitgläubigern verantwortlich und muß sich demgemäß von ihnen so behandeln lassen, wie wenn er den nicht beitreibbaren Rest empfangen hätte. S. auch unten.

35) Zum Theil kann er es gar nicht. Z. B. nicht durch Erlaß der ganzen Forderung, da diese schon von selbst als unter den Mitgläubigern getheilt gilt. Letztere können gegen den Erlassenden ihren Antheil einfordern. S. o. Note 20 ff. S. jedoch das gleich Folgende. Auch eine confusio berührt nicht die Ausgleichung. Wegen Schuldübernahme s. o. bei Note 24.

36) Der handelnde Mitgläubiger kann sich hiernach unter Umständen exkulpiren z. B. durch den Nachweis, daß ohne Erlaß auch keine Leistung vom Schuldner zu erlangen gewesen wäre.

37) Entsprechend dem oben § 207 Note 60 ff. für Gesammtschuldner Gesagten.

38) Z. B. es droht die Insolvenz des Schuldners. Ein Mitgläubiger wurde bei dieser Sachlage von den anderen mit der Durchführung einer schleunigen Vollstreckungsmaßregel betraut und verzögert nachlässig deren Vornahme. Hier hat er den dadurch entstandenen Ausfall selbst zu tragen.

einer Leistung an Erfüllungsstatt durch einen Gläubiger die anderen zu fordern haben[39]).

III. Schuldverhältnisse auf untheilbare Leistungen.

§ 209.

I. Auch eine untheilbare Leistung[1]) kann nur einmal und einheitlich bewirkt werden. Schulden also Mehrere etwas Untheilbares, so muß die Leistung durch einen Schuldner alle befreien. Gleichwohl wäre ein solches Verhältniß nicht nothwendig Gesammthaftung[2]). Doch verfügt unser Gesetz hier positiv eine Gesammtschuld. § 431. Dies dient zur Vereinfachung[3]). Folglich bleibt das Verhältniß auch dann Gesammtschuld und deren Regeln[4]) bleiben anwendbar, wenn nachträglich an Stelle der untheilbaren Leistung aus irgend einem Grunde eine theilbare tritt[5]).

II. Verschieden davon ist die Behandlung, wenn Mehrere etwas Untheilbares zu fordern haben. Diese können Gesammtgläubiger sein, wenn die Voraussetzungen dazu vorliegen[6]), aber von selbst sind sie es nicht. Hier verstieße die einfache Gleichstellung gegen wirthschaftliche Verkehrsinteressen[7]). Die Ansprüche

39) Z. B. war die Annahme an Erfüllungsstatt nach den Grundsätzen der nützlichen Geschäftsführung (oben Note 38) berechtigt, so können die Mitgläubiger nur ihren Antheil am Geleisteten verlangen. Ebenso wenn sie der Leistung zustimmten. Andernfalls wird die Annahme nach Art eines theilweisen Erlasses behandelt (s. o. Noten 34, 36).

1) Ueber den Begriff, s. o. § 145 Ziff. 4.

2) S. o. § 206 zu Note 57. Nämlich dann nicht, wenn die Gleichheit der Verpflichtung rein zufällig ist, also auf verschiedenen Entstehungsgründen beruht. Die Mehreren haften in totum, weiter nicht! Daraus ergäbe sich, daß die durch die Identität des Gegenstands geschaffene Beziehung der mehreren Schuldverhältnisse sofort dann wegfiele, wenn an Stelle der (z. B. unmöglich gewordenen) ursprünglichen Leistung eine theilbare (z. B. auf Schadensersatz) tritt. Nach der Gestaltung des Textes wird diese Konsequenz von unserem Gesetze verneint.

3) Die gleiche Bestimmung findet sich schon im röm. Recht.

4) S. o. § 207.

5) Z. B. die mehreren Schuldner haften auch für den eventuellen Schadensersatz als Gesammtschuldner. — Handelt es sich aber um die nur von einem Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der ursprünglichen Leistung, so haftet (nach § 425 Abs. 2 BGB.) nur dieser Schuldner auf Schadensersatz, die übrigen sind frei.

6) S. o. §§ 206, 208.

7) S. schon oben § 206 Note 16. Dem Wettlauf der Gläubiger auf Erlangung des untheilbaren Schuldobjekts (wie er nach § 208 oben einträte) ist vorzubeugen. Das freie Wahlrecht des Schuldners könnte zu Unzuträglichkeiten führen (s. auch § 208 Note 11). Die röm. Regelung (Gesammtschuld) ist daher hier verlassen. Das Gesetz folgt dem Preuß. A.L.R. I Tit. 5 § 450.

der Mehreren auf das Ganze werden daher nach eigenen Regeln geordnet. § 432 BGB. Diese Regeln werden unanwendbar, sobald an Stelle des untheilbaren Leistungsgegenstands ein theilbarer tritt[8]).

Mangels Vorliegens einer Gesammtforderung[9]) ist hiernach:

1. Das Verhältniß der mehreren Gläubiger zum Schuldner Folgendes. Kein Gläubiger kann die Leistung ausschließlich an sich selbst sondern nur an alle zusammen verlangen. Dies hindert den Wettlauf der Gläubiger, wie die Willkür des Schuldners hinsichtlich der Erfüllung. Auch der Schuldner wird nur durch gemeinschaftliche Leistung an Alle, resp. dadurch, daß die Leistung Allen zu gute kommt[10]), befreit. Es tritt also hier die Rechtsgemeinschaft der Mitgläubiger[11]) auch nach Außen hin hervor[12]). Die mehreren Forderungsrechte werden infolge der Einheit des Leistungsgegenstandes von einem wirthschaftlichen Bande umschlungen und dadurch eigenthümlich modifizirt[13]).

Im Einzelnen gilt:

a) Alle Gläubiger können die Leistung verlangen. Das heißt zunächst: an sie zusammen, und wäre der Normalfall. Aber ein derartiges Einverständniß wird sich selten erzielen lassen. Für diesen Fall kann jeder einzelne Gläubiger die Leistung an Alle[14]) verlangen[15]).

b) Es kann aber auch sein, daß nicht Alle annehmen können oder wollen, oder daß sich die gemeinschaftliche Annahme nach den Umständen von selbst verbietet. Hier ist zu unterscheiden, ob die Gläubiger oder einer resp. einige von ihnen im Gesammtinteresse[16]) für diesen Fall Vorkehrungen getroffen haben oder nicht.

---

8) Z. B. ein Ersatzanspruch in Geld.

9) S. o. Note 6.

10) S. o. § 182 Ziff. 3 a. Manche Leistungen kommen von selbst allen Mitgläubigern zu Gute. Z. B. die Ausbesserung eines gemeinschaftlichen Hauses u. dgl. Derartige Leistungen kann der Schuldner einfach (mit befreiender Wirkung) vollziehen.

11) Vgl. oben § 206 Note 84 ff., § 208 Ziff. II.

12) S. u. §§ 286 ff. Diese Vorschriften sind entsprechend anwendbar, soweit sich aus dem hier Gesagten nicht etwas Gegentheiliges ergibt (so z. B. die §§ 742, 747—750, 758 BGB.).

13) S. o. § 139 Ziff. 2 a.

14) Wegen der Annahme s. u. lit. b. Aus §§ 744 ff. BGB. ist übrigens zu folgern, daß zur ordnungsmäßigen Einziehung der Forderung eine Mitwirkung der dissentirenden Mitgläubiger von den Genossen erzwungen werden kann.

15) Kommt es zur Klage, so können diejenigen Gläubiger, die selbst nicht klagen wollen, den klagenden als Nebenintervenienten beitreten und es kann ihnen der Streit verkündet werden. § 72 CPO. — Die klagenden Mitgläubiger sind Streitgenossen.

16) Wie letzterer die Leistung an Alle beitreiben kann, so ist er auch befugt, in diesem Fall die nöthigen Hülfsmaßregeln zu ergreifen.

α. Die gegebene Vorkehrung für diesen Fall ist **Niederlegung des Schuldobjekts bei einer gemeinschaftlichen Mittelsperson**[17]). Als solche ist, soweit es sich um hinterlegbare Gegenstände handelt, die **öffentliche Hinterlegungsstelle** bestimmt. Doch muß die Hinterlegung für alle Gläubiger erfolgen[18]). Ist die geschuldete Sache nicht hinterlegbar, so ist sie an einen **gerichtlich zu bestellenden Verwahrer** abzuliefern[19]).

Auf Leistung in dieser Weise kann also gegebenenfalls ein jeder einzelne Gläubiger wider den Schuldner dringen (§ 432 Abs. 1 S. 2); auf Leistung schlechthin dagegen nur in den Fällen, wo die Leistung von selbst allen Gläubigern zu gute kommt[20]).

β. **Bietet der Schuldner seinerseits die Leistung in gehöriger Weise**[21]) **den Gläubigern an**[22]), so kommen, wenn auch nur durch das Verhalten **eines** Gläubigers die Annahme vereitelt wird[23]), **sämmtliche Gläubiger in Annahmeverzug.** Folglich hat der Schuldner jetzt auch das Recht der Hinterlegung zur Schuldbefreiung im gewöhnlichen Umfange[24]).

c) Abgesehen von den obigen Thatsachen, welche die ihnen eigenthümliche Wirkung stets für alle Betheiligten herbeiführen, gibt es hier **überhaupt keine Gesammtwirkungen**[25]). Vielmehr können solche nur durch Thatsachen herbeigeführt werden, die allen Gläubigern gemeinsam sind. Dies gilt z. B. für die in Betracht kommenden

---

17) Es handelt sich hier nicht um ein **Erfüllungssurrogat** (oben §§ 189 ff.), sondern um den nach Lage der Sache **einzigen Modus der Erfüllung.** Daher kommen die Hinterlegungsregeln (§§ 372 ff. BGB.) jedenfalls nur soweit zur Anwendung, als eine öffentliche Hinterlegungsstelle mit der Annahme betraut ist. Z. B. ein Selbsthülfeverkauf findet nicht statt. Und überhaupt **kann Hinterlegung unter Ausschluß des Rücknahmerechts verlangt werden,** weil sonst der vollständige Erfüllungseffekt nicht einträte.

18) Was bei der Hinterlegung auszudrücken ist.

19) Der Verwahrer ist von dem Amtsgericht des Ortes zu bestellen, wo sich die Sache befindet. § 165 d. Ges. über freiw. Gerichtsbarkeit.

20) S. o. Note 10.

21) Also **ihnen gemeinschaftlich** im oben festgestellten Sinne.

22) Wie er nach § 432 Abs. 1 BGB. unzweifelhaft berechtigt ist.

23) Und sie wird durch Weigerung eines Gläubigers meistens vereitelt, da der Schuldner das Risiko der darin liegenden Unregelmäßigkeit und die Gefahr doppelter Zahlung nicht zu tragen braucht. S. jedoch oben Note 14.

24) Z. B. (im Gegensatz zu Note 17) ohne Ausschluß des Rücknahmerechts. S. o. §§ 189—190. Der Schuldner hat das Recht des Selbsthülfeverkaufs und der Hinterlegung des Erlöses ꝛc. — Die hier gemachte Unterscheidung löst alle Schwierigkeiten, z. B. beantwortet die berühmte Streitfrage, ob der Annahmeverzug „Gesammtwirkung" habe oder nicht. Die Litteratur ist kontrovers und betrachtet die Fragen nicht aus einheitlichem Gesichtspunkt.

25) Im Falle der Unmöglichkeit der Leistung s. o. zu Note 8.

Erfüllungssurrogate[26]), für Erlaß, Verjährung der Forderung, Kündigung, Mahnung u. s. w. Liegen diese Thatsachen nur in der Person eines oder einiger Gläubiger vor, so wirken sie nicht für und gegen die übrigen Gläubiger. Z. B. der Erlaß befreit den Schuldner nicht von seiner Leistung an die übrigen Gläubiger; Kündigung und Mahnung führen die Fälligkeit der Forderung, Schadensersatzpflicht ꝛc. nur gegenüber dem betreibenden Gläubiger herbei[27]). Ein rechtskräftiges Urtheil zwischen dem Schuldner und einem Gläubiger nützt und schadet nicht den Genossen, die am Prozeß nicht Theil genommen haben; Vereinigung (confusio) wirkt über die Person des Gläubigers, bei dem sie eingetreten ist, nicht hinaus.

2. Die Beziehung der gemeinschaftlichen Gläubiger untereinander bestimmt sich wesentlich nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse[28]). Letzteres ist mangels besonderer rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Bestimmungen nach Art der gewöhnlichen Gemeinschaft aufzufassen[29]). Demgemäß ist das Geleistete (und zwar im Zweifel nach gleichen Antheilen) unter den Genossen zu vertheilen[30]). Auch kann schon vor der Leistung jeder Gläubiger Aufhebung des Gemeinschaftsverhältnisses (durch Verkauf des ganzen Schuldpostens[31]) an einen Dritten) verlangen[32]), auch persönlich durch Abtretung seiner Forderung aus der Gemeinschaft ausscheiden[33]). Der Rechtsnachfolger tritt durch Erwerb des Gläubigerrechts auf die untheilbare Leistung von selbst in die Gemeinschaft ein[34]).

---

26) Insbesondere für die Leistung an Erfüllungsstatt. Diese muß also, um gegen Alle zu wirken, auch von allen Gläubigern bewilligt sein. Inwiefern Einzelne Vertretungsmacht für Alle haben, ist eine andere Frage. Sie beantwortet sich vielfach nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. — Aufrechnung ist regelmäßig ausgeschlossen. Vgl. Schollmeyer a. a. O. Note 4 i. f.

27) Also dieser kann jetzt Leistung verlangen — freilich nur an Alle (s. o.) —, nicht auch ein anderer Gläubiger, der nicht gekündigt hat. In Folge der Mahnung geräth der Schuldner nur dem mahnenden Gläubiger gegenüber in Verzug und wird daher auch nur diesem schadensersatzpflichtig.

28) S. o. §§ 207 u. 208 (II Ziff. 2). — Im § 432 BGB. fehlen besondere Normen.

29) S. §§ 741 ff. BGB. S. schon oben Noten 12, 14.

30) Arg. § 742 BGB. Ein geleisteter Gegenstand wird unter den Mitgläubigern gemeinschaftlich, z. B. tritt ins Miteigenthum der Genossen.

31) Also sämmtlicher Einzelforderungen auf die untheilbare Leistung (deren Vielheit das Leben hier nicht unterscheidet).

32) Arg. §§ 749 ff. BGB.

33) Arg. § 747 eod.

34) Anders als im Falle oben § 208 Ziff. I i. f.

Zweiter Abschnitt.
Einzelne Schuldverhältnisse.

§ 210.

Vorbemerkung*.

Im Anschluß an das allgemeine Schuldrecht werden im Folgenden einzelne besonders ausgeprägte Schuldtypen behandelt. Die Rechtsordnung hat im Lauf der Zeit verschiedene besonders wichtige Schuldverhältnisse durch eingehendere Normen ausgezeichnet, weil es unzweckmäßig erschien, bei ihnen alles der freien Parteiverabredung oder der Schlußfolgerung aus allgemeinen Grundsätzen zu überlassen. Die Verkehrssicherheit verlangt bisweilen eine nähere Regelung. Damit soll nicht gesagt sein, daß in den betreffenden Fällen die freie Parteiverabredung geringeren Spielraum hätte[1]). Vielmehr bleibt es dabei, daß im Gebiet des Schuldrechts, namentlich der vertraglichen Schuldverhältnisse, jede Normgebung grundsätzlich nur einen dispositiven Charakter hat[2]). Sie erfolgt, weil die Parteien unmöglich an Alles denken, Alles vorsehen können. Daher aber auch nur soweit, als ein Verkehrsbedürfniß besteht und der Verkehr annähernd schon die Regeln festgestellt hat, die das Gesetz nur noch bestimmter zu fassen und mit seiner Autorität zu umkleiden braucht. Hand in Hand damit geht eine besondere Namengebung für die in Rede stehenden Schuldtypen[3]), welche seit alter Zeit von Theorie und Praxis ausgebildet und vom Gesetze übernommen ist[4]).

*) Litteratur vor § 138.

1) Soweit sie sich überhaupt bethätigen kann, und insbesondere auch das betreffende Verhältniß auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruht.

2) S. o. Bd. I § 79.

3) Z. B. Kauf, Tausch, Schenkung, Miethe, Pacht, Gesellschaft u. dgl.

4) Nur bestrebt sich das Gesetz auch hier möglichst der Anwendung rein deutscher Bezeichnungen.

Die Zahl der hier behandelten besonderen Schuldverhältnisse ist also keineswegs eine geschlossene, vielmehr nur eine herkömmlich festgestellte; und neue Verkehrs- und Lebensbedingungen können die Zahl derselben vergrößern. Der systematische Schwerpunkt des Schuldrechts liegt also im vorstehenden „Ersten Abschnitt". Dieser hat nicht blos den Sinn, das spezielle Schuldrecht vorzubereiten und dafür gewisse allgemeine Grundlagen zu schaffen[5]), sondern er ist ausschließlich maßgebend für alle Schuldverhältnisse, die unter keine der nachstehend behandelten besonderen Kategorien fallen. Solche Schuldverhältnisse sind in erster Linie nach der getroffenen Parteifestsetzung zu beurtheilen[6]); soweit eine solche fehlt[7]), nach den Regeln des allgemeinen Schuldrechts.

Es handelt sich hier also nur noch um die Betrachtung einzelner Schuldfälle, die freilich keineswegs willkürlich herausgegriffen sind, sondern in bestimmter systematischer Ordnung stehen, welche theils durch die Tradition, theils durch ihren unmittelbaren Inhalt und Zusammenhang gegeben wird. Es läge nahe, diesen Zusammenhang danach zu bestimmen, ob die betreffenden Schuldverhältnisse auf Vertrag, einseitigem Rechtsgeschäft oder anderen Thatsachen (erlaubtem oder unerlaubtem Verhalten) beruhen[8]). S. o. § 143 über die Entstehung

5) Wie der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Rechts (Bd. I), der überwiegend keinen Selbstzweck hat, für alle besonderen Theile grundlegend ist. — Für die „Besonderen Schuldverhältnisse" kommt allerdings das allgemeine Schuldrecht in ähnlicher Weise nebenher in Betracht. Aber in dieser Hinsicht werden seine Grundsätze vielfach durch Spezialbestimmungen durchbrochen und in ihr Gegentheil verkehrt.

6) Vgl. über die sog. unbenannten Verträge des modernen Rechts schon oben § 143.

7) Oder wegen Verstoßes gegen die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen unwirksam ist ꝛc.

8) Z. B. auf Verträgen beruhen: die Umsatzgeschäfte, Kauf, Tausch, Miethe, Pacht, Dienst- und Werkvertrag einschließlich der Mäklerei; ferner die Verpflichtungen auf Rückgabe, Leihe, Darlehen, Verwahrung ꝛc.; Schenkung, Auftrag und Gesellschaft; ferner die Spiel- und Sicherungsgeschäfte, Bürgschaft, Vergleich; die abstrakten Schuldversprechen ꝛc.

Auf einseitigen Geschäften beruhen die Auslobung und die Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

Auf anderen Thatsachen, und zwar erlaubten, beruhen die Verpflichtungen aus unbeauftragter Geschäftsführung, Gemeinschaft, sowie aus ungerechtfertigter Bereicherung; — auf unerlaubten die Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen.

Es ist aber klar, daß durch eine solche rein formale Eintheilung innerlich gleichartige Verhältnisse (z. B. beauftragte und unbeauftragte Geschäftsführung, Gesellschaft und Gemeinschaft ꝛc.) auseinandergerissen, und in jeder Hinsicht das Verständniß erschwert wird. Daher hat schon das Gesetz jene formale Eintheilung verlassen. Aber ihm fehlt nun fast jede Systematik. Trotz überwiegender Festhaltung der gesetzlichen Reihenfolge haben wir diesem Mangel in erster Linie abzuhelfen gesucht.

der Schuldverhältnisse. Aber die einmalige Klassifizirung der vorkommenden Entstehungsthatsachen daselbst genügt; um so mehr, als der Entstehungsgrund des Schuldverhältnisses bei dessen Behandlung doch jedesmal deutlich zu Tage tritt. Viel wichtiger ist an dieser Stelle eine Eintheilung nach wirthschaftlichen Gesichtspunkten, die allein auch den richtigen Einblick in das Verkehrsleben eröffnet. So gelangen wir zu gewissen Gruppen von Schuldverhältnissen, die eine gewisse innere Verwandtschaft nicht verleugnen und auch im Leben vielfach gleichmäßige Behandlung erfahren.

Auszuscheiden sind hier grundsätzlich [9]) alle Schuldverhältnisse, die sich an Institute des Sachenrechts, Familien- und Erbrechts so enge anschließen, daß sie mit diesen zu behandeln sind; ferner solche, die über den Rahmen des bürgerlichen Rechts hinausgehen [10]).

Erstes Kapitel.

Verfügungsgeschäfte.

I. Der Kauf*.

§ 211.

A. Begriff und Abschluß.

Der Kauf ist das wichtigste Verfügungsgeschäft [1]). Durch ihn vollzieht sich vorzugsweise der Güterumsatz. Denn dieser Umsatz geschieht im Leben regelmäßig nicht ohne Entgelt.

---

9) S. o. § 138 Ziff. 2.

10) Verpflichtungen des Handels- und Wechselrechts, des öffentlichen, insbesondere auch des Eisenbahn-, Post- und Telegraphenrechts ꝛc. Ueber alle diese besteht eine eingehende Spezialliteratur.

*) Vgl. Bechmann, Der Kauf I (1876), II Abth. 1 (1884); E. Zimmermann in den Bad. Annalen Bd. 63 (1897) S. 205 u. f. w.; Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag (1899) in Fischer, Abh. Bd. 4 S. 213 ff. — Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse (1897) § 2; Dernburg §§ 167 ff.; Endemann I §§ 157 ff.; Cosack §§ 121 ff.; Mathiaß I §§ 104 ff.; Enneccerus I §§ 239 ff.

1) S. über die Verfügungen schon oben Bd. I § 74 II Ziff. 3 Note 15 ff. Sie umfassen Veräußerung, Belastung und Verzicht. Auf alle diese Dinge kann der Kauf gehen: z. B. auf Veräußerung von Sachen oder Rechten (Abtretung derselben ꝛc.), auf Begründung dinglicher Rechte an fremder Sache u. s. w., auf Verzicht (Erlaß) u. dgl., sofern alles dies nur gegen Entgelt erfolgt. — Die vielfach gebrauchte Gesammtbezeichnung: „Veräußerungsgeschäfte" ist daher zu eng. Sie steht in Widerspruch mit dem a. a. O. Note 20 Gesagten.

Als Entgelt kommt im heutigen Verkehr vorzugsweise nur **Geld** in Betracht[2]). Wir leben im Zeitalter der Geldwirthschaft[3]). So ist denn der Kauf: Umsatz von Gütern gegen Geld. Man spricht auch wohl von **Waare** und **Preis** (**Geldpreis**)[4]).

1. **Dieser Umsatz ist schuldrechtlich, nicht sachenrechtlich zu denken.** Es interessirt uns hier nicht, inwiefern die verkaufte Sache und der Kaufpreis ins **Eigenthum** des Käufers und Verkäufers übergehen, — obschon auch hiervon gelegentlich die Rede sein wird. Soweit dies geschieht, geschieht es nur, weil regelmäßig damit erst die Parteien **ihre Pflichten aus dem Kaufgeschäft erfüllen.** Wie Eigenthum gegeben und erworben wird[5]), ist später (im Sachenrechte) zu erörtern. Verkaufen kann man anderseits auch **Rechte**[6]), die des Eigenthums nicht fähig sind (z. B. Forderungen, Immaterialgüterrechte u. dgl.). Das Kaufgeschäft ist dabei das gleiche[7]). **Für uns handelt es sich hier nur um dieses Geschäft: das auf die Verfügung geht, nicht selbst schon Verfügung ist**[8]), **und um die Pflichten der Parteien aus diesem Geschäfte.** § 433 BGB.

2. **Damit ist nicht gesagt, daß mit der Kaufs- und Verkaufserklärung nicht unter Umständen auch die Verfügung verbunden werden könnte,** auf die der Kauf gerichtet ist. Die Parteierklärung versieht alsdann eine **doppelte Funktion**: sie wirkt als Kauf und als Verfügung, weil dies der Parteiabsicht entspricht. Doch erkennt die Rechtsordnung diese doppelte Funktion nur an, wo **die Erklärung den Anforderungen beider Geschäfte genügt**: also entweder die Verfügung formlos geschehen kann[9]) oder die

2) S. o. Bd. I § 62. Weil man für Geld regelmäßig andere Güter auf die bequemste Weise haben kann.

3) Nicht der Naturalwirthschaft, die in dieser Beziehung vorzugsweise auf den **Tausch** angewiesen war.

4) Doch sind Waaren eigentlich nur Sachen (s. o. Bd. I § 62 Note 7). Ja das Handelsgesetzbuch nennt „Waaren" nur bewegliche Sachen, welche als Gegenstand des Handels vorzukommen pflegen. Diese Beschränkung braucht aber im allgemeinen bürgerlichen Recht nicht festgehalten zu werden. In diesem läßt sich nicht schlechterdings blos von „Gut" und „Kaufgegenstand" reden.

5) Durch Auflassung — Uebergabe (§§ 925, 929 BGB.). Man erwirbt Eigenthum nicht blos durch Verkauf, sondern auf unzählige andere Arten. Der Kauf ist **einer der Rechtsgründe** (Bd. I § 74 Note 24 ff.) der Uebereignung.

6) Im Gegensatz zu Sachen (s. Bd. I § 58 zu Note 4).

7) Die Ausführung geschieht hier meistens durch **Abtretung** des Rechts (gemäß §§ 398 ff., 413 BGB.). S. o. §§ 197 ff. Der Kauf ist **Rechtsgrund dieser Zuwendung.**

8) S. o. Bd. I § 74 a. a. O., § 173 Note 1. Wo hier der Ausdruck „Verfügung" oder „Veräußerung" gebraucht wird, geschieht dies nur abkürzungsweise.

9) Wie bei der Abtretung von **Rechten** nach §§ 398, 413 BGB. S. o. §§ 197 ff.

Kaufs- und Verkaufserklärung mit Beobachtung der Form geschieht, die zur Verfügung erforderlich ist: also insbesondere unter sofortiger Uebergabe der verkauften Sache und des Preises.

a) Wo die Verfügung formlos möglich ist und das Geschäft formlos geschlossen wird, ist es hiernach eine Frage der Auslegung, ob blos Kauf vorliegt und die Verfügung noch folgen soll, oder ob das konkrete Geschäft nach Absicht der Parteien beides miteinander verbindet[10]).

b) Wo die Kaufs- oder Verkaufserklärungen einer beweglichen Sache mit gleichzeitiger Uebergabe[11]) verbunden sind, kann an sofortiger Vornahme der Verfügung nicht mehr gezweifelt werden. § 929 BGB. Das Geschäft enthält also den Grundvertrag (den Kauf) und dessen Ausführung. Aber nicht als die Summe zweier Geschäfte, sondern in gegenseitiger Durchdringung des obligatorischen und dinglichen Elements. Der Kauf ist durch die beiderseitigen Erfüllungshandlungen abgeschlossen (erklärt): sog. Realkauf oder Handkauf[12]). Daher sind die Verpflichtungen der Parteien auch aus diesem Geschäft diejenigen der §§ 433 ff. BGB., wenngleich sie selbstverständlich, soweit sie schon erfüllt sind, nicht noch einmal erfüllt zu werden brauchen. Aber nicht selten war die in der Uebergabe liegende Erfüllung trügerisch[13]): in diesem Fall treten die Pflichten aus dem Kauf nachträglich hervor.

---

10) Dies wird regelmäßig gewollt sein, wo eine doppelte Erklärung von wesentlich gleichem äußerlichen Inhalt zwecklos wäre, vor Allem nicht durch die Interessen des Verkäufers gefordert wird, z. B. bei Baarzahlung.

11) Der Waare oder des Preises, oder beider zugleich. — Es kann also die Uebergabe blos von einer Seite (so besonders häufig vom Verkäufer) oder von beiden Seiten erfolgt sein. Geschah sie nur von einer Seite, so erblickt man darin schuldrechtlich regelmäßig nur ein gewöhnliches Kaufgeschäft und dessen Erfüllung. Geschieht die Uebergabe von beiden Seiten unmittelbar, so wäre es gezwungen, den uno spiritu vollzogenen Akt so aufzulösen, daß beiderseits zunächst nur eine Verpflichtung zur Eigenthumsverschaffung übernommen und letztere alsdann durch Uebergabe erfüllt sei. Vielmehr hat das ganze Geschäft einen einheitlichen Charakter. S. den Text.

12) S. über die Konstruktion schon oben Bd. I § 86 zu Note 9 ff. Die Litteratur ist schwankend. Vgl. Bechmann I S. 608, II S. 84; Brinz, Pand. II § 325; Bähr, Urtheile d. RG. S. 34 u. Krit. Vjschr. Bd. 30 S. 386; Ring, Archiv f. bürg. Recht Bd. 1 S. 203; Dernburg § 167 Ziff. III u. A. Irrig ist jedenfalls, das Kaufgeschäft in dem Vertrag zu leugnen, also darin nur zwei gegenseitig bedingte Traditionen zu sehen. Die Kaufnatur macht sich sofort bemerkbar, sobald in dem Geschäft irgend etwas nicht in Ordnung ist.

13) Z. B. die übergebene Sache gehörte nicht dem Verkäufer und wird in Folge dessen dem Käufer entwährt; sie war mangelhaft ꝛc. §§ 433 ff., 459 ff. BGB. sind anwendbar.

Immerhin verstehen wir unter Kauf gewöhnlich nur die bloße Kaufabrede (das Schuldverhältniß) mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten. Diese macht daher regelmäßig auch der geltend, welcher aus einem Kaufe (ohne weiteren Beisatz) klagt. Behauptet daher der Gegner einen Handkauf, so leugnet er diese Pflichten und damit das Geschäft[14]).

3. Durch den Kauf verpflichten sich also die Parteien zum gegenseitigen Austausch von Gütern gegen Geld. Darin liegt

a) Der Kauf ist ein gegenseitiger Vertrag. Es finden auf ihn grundsätzlich die oben § 168 ff. besprochenen Regeln Anwendung.

b) Er geht beiderseits auf Veräußerung, Belastung ꝛc. der auszutauschenden Gegenstände, nicht auf Ueberlassung derselben zum Gebrauch oder zur Nutzung[15]). Und zwar verpflichtet sich jede Partei, die auszutauschenden Sachen — Waare und Preis — der anderen Partei zu übergeben und ins Eigenthum zu bringen[16]), oder wenn der verkaufte Gegenstand z. B. eine Forderung oder ein sonstiges Recht ist, dem Käufer das Vollrecht, so wie es verkauft ward, nach den ihm eigenen Regeln zu begründen resp. zu übertragen[17]). Unser Gesetz bezeichnet dies als Verschaffung der verkauften Sache oder des verkauften Rechts (§ 433) und unterscheidet danach überhaupt Verkauf von Sachen[18]) und von Rechten.

Zusammenfassend kann man sagen: der Kauf geht heutzutage auf

---

14) Er gibt nicht den Kauf als solchen zu und behauptet dessen Erfüllung (die er dann nach Bd. I § 127 zu Note 20 beweisen müßte), sondern er leugnet, daß jene Pflichten überhaupt entstanden sind. Folglich muß der Kläger das Entstehen jener Pflichten, d. i. das obligatorische Kaufgeschäft beweisen.

15) Darin liegt der Unterschied von Miethe und Pacht. Die Gebrauchsvortheile sind nicht Gegenstand einer Veräußerung. Das moderne Recht hat Miethe und Pacht endgültig vom Kaufe abgesondert (während das ältere Recht sie noch nicht deutlich unterschied). Ebensowenig ist Kauf die Benutzung fremder Arbeitskraft. S. u. die verschiedenen Lohnverträge.

16) Es genügt nicht, dem Käufer das bloße Haben und Behaltenkönnen des Kaufgegenstands (habere licere) zu verschaffen, wie dies bei den Römern der Fall war. Vgl. dazu Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung des Eigenthums (1874). Preuß. A.L.R. I Tit. 11 § 1, Code Nap. Art. 1582 ff. sowie oben § 173 Note 4 u. Cit.

17) Je nachdem das Recht beim Verkäufer schon vorhanden war und übertragbar ist (hier führt der Kauf zu einem derivativ-translativen Erwerb des Käufers: s. o. Bd. I § 71 Ziff. 5 d), oder je nachdem es vom Verkäufer aus der Fülle der eigenen Berechtigungen abgegliedert und als neues dem Käufer bestellt wird, z. B. eine verkaufte Grunddienstbarkeit (hier führt der Kauf zu einem derivativ-konstitutiven Erwerb: s. eod. Ziff. 5 c. Man spricht hier auch von konstitutivem Kaufe).

18) Gemeint ist das Eigenthum an der Sache, welches dem Käufer zu verschaffen ist. Bei den anderen Kaufgegenständen ist dem Käufer das entsprechende Recht zu verschaffen.

Rechtsverschaffung: auf die Verschaffung einer dem Geschäft entsprechenden rechtlichen Position des Käufers[19]), nicht blos auf die Verschaffung faktischer Vortheile (ein faktisches Genießen, Haben und Behalten des Kaufgegenstandes).

c) Zum Abschluß des Kaufes ist nur die erklärte Willensübereinstimmung der Parteien über den Austausch von Waare und Preis erforderlich. Es muß also feststehen, daß, was und wofür es verkauft ist. Alles etwa sonst noch Verabredete sind Nebenbestimmungen, welche das Wesen des Kaufes nicht berühren, obschon solche Nebenklauseln im Einzelfall natürlich eine große Rolle spielen können[20]).

Die Vertragserklärungen können formlos abgegeben werden[21]). Nur der Verkauf eines Grundstücks oder eines (gegenwärtigen) Vermögens[22]) verlangt nach allgemeinen Regeln zu seiner Gültigkeit gerichtliche oder notarielle Beurkundung. §§ 311, 313 BGB.[23]).

4. Der Kauf steht unter den allgemeinen Regeln von Treu und Glauben und der Verkehrssitte[24]). Es ist schon hervorgehoben, daß diese unter Umständen verschiedene Anforderungen stellen. Der Kauf ist ein Umsatzgeschäft. Waare und Preis bestimmen sich nach Angebot und Nachfrage, und diese sind wechselnd. Beim Handel und Wandel will jede Partei gewinnen, und kann es auch unter Umständen. Daß jede Partei hier ihre eigensüchtigen

---

19) Ueber den Kauf als Vorstufe (Titel) dinglicher Rechtswirkungen, s. o. Bd. I § 71 Ziff. 10.

20) Es sind Nebenbestimmungen in dem bekannten objektiven Sinne. S. o. Bd. I §§ 77, 96. — Einige Nebenbestimmungen sind übrigens für den Kauf typisch geworden, sodaß sich daraus gewisse Spielarten des Kaufs gebildet haben. S. u. über Versendungskauf, Kauf auf Probe, Vorkauf, Wiederkauf ꝛc.

21) Insbesondere ist der Ausdruck „Kaufen und Verkaufen" so wenig nothwendig, wie unter Umständen überhaupt eine wörtliche Erklärung. Z. B. genügt vielfach das einfache Ansichnehmen der ausgelegten Waaren; die Vornahme der entsprechenden Hantirungen an einem aufgestellten Automat. — Es ist regelmäßig gleichgültig, ob die Parteien erklären: sie kaufen und verkaufen oder: sie wollen oder versprechen zu kaufen und zu verkaufen. S. o. § 167 zu Note 14 ff. Promesse de vente vaut vente. Ausnahmen unter Umständen bei Vorkauf und Wiederkauf. Oft wird der Preis gar nicht genannt und steht dennoch (nach der Verkehrssitte ꝛc.) fest. Ebensowenig ist oft die Waare im Voraus genau bezeichnet. S. darüber unten § 212.

22) Sei es ganz oder zum Theil (auch in Gestalt der kaufweisen Bestellung eines Nießbrauchs an demselben). S. § 311 BGB. u. oben § 166 Ziff. II.

23) S. o. § 166 zu Note 32, 38 ff. — Aus dem Handelsrecht kommt noch unter Umständen der Kauf von Gesellschaftsantheilen hinzu. S. § 15 RG. über die Ges. m. beschränkter Haftung v. 20. April 1892. — Ueber willkürliche Formverabredungen s. o. Bd. I § 87 Ziff. 4.

24) S. o. § 142 u. Bd. I § 91. So schon seit uralter Zeit, als diese Regeln noch keineswegs so allgemein galten.

Interessen verfolgt, ohne auf die des Gegners Rücksicht zu nehmen, kann ihr hier regelmäßig nicht verdacht werden[25]). Unser Prinzip hat hier nur den Sinn, daß Betrügerei und Uebervortheilung, kurz Mittel, die im Verkehr als anstößig angesehen werden, zu vermeiden sind[26]).

5. Ob Jemand ein Kaufgeschäft abschließen will, ist regelmäßig in sein freies Ermessen gestellt. Keine Ausnahme hiervon ist die Enteignung. Sie ist kein Zwangsverkauf, sondern ein eigenartiges Erwerbsrecht von Sachen[27]). Dagegen gibt es nothwendige Verkäufe in der Art, daß ein Dritter zufolge eigenen Rechts Stücke des Vermögens eines Anderen zum Verkaufe bringen darf: so ein Gläubiger die Sachen seines Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung (s. §§ 814 ff., 821, 857, 866 CPO., §§ 66 ff. RG. betr. die Zwangsversteigerung vom 24. März 1897); der Pfandgläubiger das Pfand (§§ 1228 ff. BGB.)[28]), der Konkursverwalter die Gegenstände der Konkursmasse (§§ 117 ff. KO.), der Finder ꝛc. in gewissen Fällen die gefundene Sache (§§ 966, 979 ff. BGB.). Oder der Verkauf ist nothwendig, weil Jemand nicht gezwungen werden kann, in einer ungetheilten Gemeinschaft zu verbleiben und der Gegenstand der Gemeinschaft sich nicht in Natur theilen läßt: so bei der gewöhnlichen und Erbengemeinschaft (§§ 753, 2042 BGB.). Oder die Nothwendigkeit beruht auf der Berechtigung zum Selbsthülfeverkauf: z. B. bei der Hinterlegung zur Schuldbefreiung[29]) (§§ 383, 385 BGB.), dem handelsrechtlichen Selbsthülfeverkauf[30]) u. s. w. Ebenso wird den Verwaltern fremden Vermögens, z. B. Vormündern, Nachlaßverwaltern ꝛc. nicht selten der Verkauf von Gütern, die zu ihrer Verwaltung gehören, zur Pflicht gemacht, oder der Verkauf ergibt sich als nothwendig aus den allgemeinen Obliegenheiten dieser Personen.

a) Für die nothwendigen Verkäufe der letzteren Art gelten zunächst keine besonderen Regeln. Das Motiv ist auch hier gleichgültig. So

25) Keine Partei braucht hier die andere besonders vor Schaden zu behüten; keine ist der anderen zu genauerer Auskunft über die Beschaffenheit der auszutauschenden Gegenstände (z. B. über Mängel der Kaufsache) verpflichtet. Marktschreierische Anpreisungen, die ohne Prätention der Glaubwürdigkeit auftreten, gelten nicht als unerlaubt und machen nicht haftbar ꝛc.

26) Abgesehen von den nach Bd. I §§ 85, 95 ꝛc. direkt verbotenen Handlungen. Gerade soweit diese (z. B. die Wuchervorschriften) nicht zutreffen, greift unser Prinzip ein. So auch Dernburg § 167 Note 10.

27) S. u. das Sachenrecht.

28) S. auch § 371 HGB.

29) S. o. §§ 189 ff.

30) S. §§ 373, 376, 379, 388, 391, 437 HGB.

z. B. wenn der Eigenthümer nach §§ 383, 385 BGB. seine Sache verkauft, oder Miteigenthümer der Gemeinschaftsobjekte zum Zwecke der Theilung. Verkauft ein Vertreter für den wahren Berechtigten, so treten die allgemeinen Stellvertretungsregeln hinzu. Danach kann z. B. ein Vormund 2c. die Güter seines Pflegebefohlenen nicht selbst kaufen (§ 181 BGB.)[31]; doch wird der Kauf hier unter Umständen durch gerichtliche Bestellung eines Spezialvertreters ermöglicht[32].

Wo Jemand aus eigenem Rechte fremde Güter verkaufen darf[33], z. B. als Gläubiger in der Zwangsvollstreckung oder der Pfandgläubiger das Pfand, ist für den Verkauf regelmäßig ein Verfahren vorgeschrieben: entweder kraft der allgemeinen Regeln der Zwangsvollstreckung (also z. B. Versteigerung[34]) durch das Gericht oder einen Gerichtsvollzieher 2c.) oder durch besondere gesetzliche Vorschrift (z. B. §§ 1233 ff., 966 BGB.). In dem Verfahren darf der betreibende Theil regelmäßig selbst kaufen[35], insbesondere in der Versteigerung mitbieten[36]. Vergl. § 1239 BGB., § 816 Abs. 4 CPO.

Ja wo, wie beim Selbsthülfeverkaufe, unter Umständen der Eigenthümer seine Sache für Rechnung eines Anderen (des Gläubigers) in einem derartigen gesetzlich angeordneten Verfahren verkaufen läßt, kann er sie in diesem sogar selbst wieder ankaufen. Z. B. in den Fällen §§ 383, 385 BGB.[37].

Nur ein Konkursverwalter kann die Massegegenstände nicht selbst kaufen; mag er sie freihändig[38] oder in besonderem Verfahren, z. B.

---

31) Gegen Gesetzesumgehung dienen die einschlägigen allgemeinen Bestimmungen und Spezialvorschriften: z. B. § 1795 BGB.

32) Eines Pflegers. — Darin, sowie in der häufig erforderlichen gerichtlichen Genehmigung des Verkaufs liegen genügende Garantieen gegen Mißbrauch.

33) Scil. für Rechnung des Anderen, dem sie gehören.

34) Unter Umständen auch Veräußerung aus freier Hand. S. §§ 821, 825 CPO.

35) Auch wenn Sachen, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, freihändig durch einen dazu ermächtigten Handelsmäkler, Auktionator 2c. zum laufenden Preis verkauft werden. S. §§ 1221, 1235 Abs. 2 BGB.

36) Grund ist die Garantie gegen Uebervortheilungen, die das gesetzlich geregelte Verfahren bietet. S. dazu dann wieder (als einen besonderen Garantiefaktor) unten lit. b.

37) Der Schuldner kann sich also nunmehr durch Hinterlegung des Preises (als des Erlöses des Selbsthülfeverkaufs: s. o. § 189 Note 46) befreien. — Hiermit steht nicht in Widerspruch, daß der Schuldner die zurückerworbene Sache dem Gläubiger noch selbst leisten und sich auch dadurch befreien kann. Denn das ganze Hinterlegungsverfahren, einschließlich des Selbsthülfeverkaufs, ist nur im Interesse des Schuldners eingeführt, sodaß letzterer auf dessen Rechtswirkungen dem Gläubiger gegenüber bis zum Eintritt des Definitiveffekts (Befreiung durch unwiderrufliche Hinterlegung) verzichten kann.

38) Denn er darf den Vertrag arg. § 181 BGB. nicht mit sich selbst schließen.

durch einen Gerichtsvollzieher, zur Veräußerung bringen. § 457 i. f. BGB.[39]).

b) Eines besonderen Schutzes bedarf es bei nothwendigen Verkäufen schließlich gegenüber den mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs betrauten Personen, weil diese regelmäßig in der Lage sind, auf die Preisbildung einzuwirken[40]) und dadurch die Betheiligten zu schädigen[41]). Dies gilt sowohl bei Veräußerungen im Wege der Zwangsvollstreckung als außerhalb derselben in den Fällen des Verfahrens auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschrift[42]). §§ 456, 457 BGB. Es gilt sowohl bei Versteigerungen als bei freihändigen Verkäufen, soweit solche gestattet sind[43]). Die den Verkauf leitenden[44]) oder ausführenden Organe[45]), einschließlich der von diesen zugezogenen Gehülfen und Protokollführer[46]) dürfen die zum Verkauf gestellten Gegenstände weder für sich persönlich oder durch einen Anderen noch als Vertreter eines Anderen kaufen.

Doch handelt es sich nur um ein zu Gunsten der genannten Betheiligten erlassenes Verbot. Der im Widerspruch damit geschlossene Kauf ist daher nicht nichtig, sondern von der Zustimmung jener Personen abhängig[47]). Dasselbe gilt von der dinglichen Wirkung des Geschäfts (also der Uebereignung oder sonstigen Uebertragung des verkauften Gegenstandes). § 458[48]). Sind die Betheiligten mehrere Personen, so ist die Zustimmung jedes Einzelnen von ihnen erforderlich. Die Verweigerung der Zustimmung macht das Geschäft nichtig. Kommt das Objekt alsdann zum Wiederverkauf, so hat der erste Käufer auch noch die Kosten desselben und die Differenz des etwaigen Mindererlöses zu ersetzen. Abs. 2.

---

39) So auch Dernburg § 171 zu Note 17.

40) Nicht nur auf das Ergebniß einer Versteigerung, sondern auch auf die Höhe des Markt- oder Börsenkurses.

41) Diese sind vor Allem der Eigenthümer der verkauften Sachen, der Gläubiger oder Schuldner, auf deren Rechnung der Verkauf geht.

42) S. o. vor Note 35, sowie bei Note 37 ff., wo derjenige, auf dessen Rechnung der Verkauf geschieht, das Ergebniß des letzteren gegen sich gelten lassen muß.

43) S. o. Note 34.

44) D. i. vor Allem bei Grundstücksversteigerungen der Subhastationsrichter.

45) Gerichtsvollzieher, öffentlich bestellte Auktionatoren, Handelsmäkler ꝛc.

46) Wegen der Veräußerung durch den Konkursverwalter s. schon oben bei Note 38 ff.

47) S. o. Bd. I § 82. Quellen sind l. 34 § 7, l. 46 Dig. de contr. emt. 18, 1; l. 5 §§ 2—4 Dig. de auct. 26, 8; Preuß. A.L.R. I Tit. 11 § 20; Code Nap. Art. 1596.

48) Dingliche und obligatorische Wirkung fallen also hier nach § 458 BGB. zusammen, was nicht immer der Fall ist (s. o. Bd. I § 80 bei Note 11).

Bis zur Entscheidung der Betheiligten ist das Geschäft in der Schwebe[49]). Der Käufer ist währenddem gebunden. Er kann aber (arg. § 177 Abs. 2) die Betheiligten zur Erklärung über die Genehmigung auffordern mit der Wirkung, daß die Erklärung alsdann an ihn persönlich erfolgen muß[50]). Von dem Empfang der Aufforderung läuft für die Provozirten die bekannte zweiwöchige Antwortsfrist. Wird innerhalb derselben die Genehmigung nicht erklärt, so gilt sie als verweigert. Die ertheilte Genehmigung wirkt nach allgemeinen Grundsätzen zurück. Durch Zustimmung der Betheiligten wird also das Geschäft vollgültig.

B. Näherer Inhalt des Kaufgeschäfts.

§ 212.

1. Im Allgemeinen.

1. Kaufgegenstand können Güter aller Art sein, sofern sie nur veräußerlich sind[1]). Also Sachen, bewegliche wie unbewegliche, können verkauft werden wenn und soweit sie im Verkehr stehen[2]); auch Bestandtheile und Bruchtheile[3]). Auch Geld nicht weniger als andere Sachen[4]). Ferner Rechte, soweit sie übertragbar sind[5]) oder die Neubegründung des Rechts bei einem Anderen möglich ist[6]), z. B. Forderungsrechte, Immaterialgüterrechte, dingliche Nutzungsrechte u. dgl. § 433 BGB. Aber der Verkehr erkennt noch andere Vortheile als Güter an, die gekauft und verkauft werden können[7]), z. B. ein Gewerbe- oder Fabrikgeheimniß, eine Kundschaft, die Praxis eines Arztes[8]).

---

49) S. Bd. I § 80 zu Note 36 ff.

50) Etwaige vorher abgegebene anderweitige Erklärungen werden unwirksam. S. o. Bd. I § 106 zu Note 8.

1) Ueber Veräußerungsbeschränkungen s. Bd. I § 85 Note 18 ff., sowie hier oben § 198 Ziff. 2—4.

2) S. o. Bd. I §§ 65 ff. Es gelten die Regeln von der Unmöglichkeit der Leistung. S. o. §§ 145, 166 Ziff. I, 168. Verkauf für den Fall, daß die Sache in den Verkehr kommt, ist gültig. Dieser Kauf ist in der Schwebe. Vgl. u. lit. b.

3) S. o. Bd. I § 59. Eine andere Frage ist, ob der Bestandtheil geliefert werden kann. Andernfalls gelten die Grundsätze der vor. Note.

4) Z. B. ausländisches Geld, Münzen besonderer Art ꝛc. S. dazu Rießer in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 20 S. 201; Bechmann II S. 158.

5) Dies sind regelmäßig nicht Familienrechte. Noch weniger öffentliche Rechte. Wegen Forderungsrechten s. o. § 198.

6) S. über den konstitutiven Kauf schon oben § 211 Note 17.

7) Inwieweit dies zulässig ist, bestimmt die Verkehrsauffassung (z. B. nicht über Leben und Freiheit). Die Qualität des Guts als subjektives Recht kann im Uebrigen dahingestellt bleiben. Sähen wir, soweit der Verkehr die entgelt-

Selbstverständlich können auch Sachgesammtheiten und ein Vermögen (als Inbegriff von Sachen und Rechten) verkauft werden[9]), und zwar auch ein Sondervermögen, z. B. ein Geschäft[10]) oder eine angefallene Erbschaft[11]).

a) Fremde Sachen können verkauft werden[12]). Denn häufig ist es möglich, der Verpflichtung zur Lieferung der Sache bis zur vorgesehenen Zeit zu genügen; im Uebrigen ist es Sache des Verkäufers, zu vertreten, wenn er nicht leisten kann[13]). Dagegen kann man seine eigene Sache nicht kaufen, es sei denn, daß der Verlust des Eigenthums droht und der Kauf geschlossen wird, um dem Käufer die Sache zu erhalten[14]). Andernfalls ermangelt dem Geschäft der rechte Inhalt[15]).

b) Selbstredend muß der Kaufgegenstand existiren, widrigenfalls kein Vertrag darüber zu Stande kommt[16]). Doch können künftige Sachen und Güter verkauft werden (z. B. eine künftige Ernte, anzufertigende Sachen[17]) oder zu begründende Rechte). Und zwar entweder so, daß der Kauf nur zu Stande kommen soll, wenn das betreffende Gut wirklich zur Entstehung gelangt resp. geliefert werden

---

liche Abtretung gestattet, in dem Geschäfte keinen Kauf, so wäre es dennoch durchaus nach Analogie des Kaufes zu beurtheilen.

8) S. hierzu Dernburg § 168 Ziff. I; Cosack § 121 Note 2 gegen Bechmann II S. 141. Ueber Verkauf eines Zeitungsunternehmens s. Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 176.

9) S. schon oben § 211 Ziff. 3 i. f. Nicht aber zukünftiges Vermögen, die Erbschaft eines Lebenden ꝛc. S. o. § 166 Ziff. II.

10) S. auch oben § 205.

11) Vom Erbschaftskauf (§§ 2371 ff. BGB.) ist im Erbrecht zu handeln.

12) Ebenso das röm. Recht (vgl. l. 18 Dig. de c. e. 18, 1). Ueber die gegentheilige Regel (Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 139, Code Nap. Art. 1599) s. Kohler, Ges. Abhandl. (1883) S. 224 ff.; Bechmann II S. 77, 110.

13) Es gelten die oben §§ 158 ff., 168 ff. besprochenen Regeln. — Verstößt der Verkauf gegen die guten Sitten, so ist er natürlich nichtig. Z. B. beim Verkauf gestohlenen Gutes an den Hehler. Auch kann, wenn man die verkaufte fremde Sache irrthümlich für die eigene hielt, darin ein wesentlicher Irrthum (Bd. I § 94) liegen, der das Geschäft anfechtbar macht. Dernburg § 169 Note 4 u. Cit.

14) Z. B. wenn die Sache aus dem Rechte Dritter versteigert oder sonst zur Zwangsvollstreckung gebracht wird (vgl. § 1239 BGB., § 68 Ziff. 3 RG. über die Zwangsversteigerung, wonach dem Eigenthümer gestattet wird, in der Versteigerung mitzubieten). S. auch den bei Dernburg § 169 Note 6 angeführten Fall, sowie oben § 211 zu Note 37.

15) Liegt die oben erwähnte Voraussetzung vor, so genügt es auch, wenn blos der Besitz der Sache zurückerworben wird (arg. § 433 BGB. a maiori ad minus; vgl. schon l. 34 § 4 Dig. de contr. emt. 18, 1). Z. B. die Sache wird vom Hehler zurückgekauft. — Dagegen ist die Ablösung der Miethe kein Kauf.

16) Auch in dieser Beziehung gelten die Regeln von der Unmöglichkeit der Leistung. Wegen theilweiser Nichtexistenz s. § 168 Note 7.

17) S. hierzu jedoch auch unten § 270.

kann[18]), oder unbedingt: sodaß der Kaufpreis auch dann zu zahlen ist, wenn nichts zur Entstehung kommt. Hier ist eine Gewinnchance gekauft[19]). Man spricht hier auch von einem Hoffnungskauf[20]). Bei beiden Geschäften hat sich regelmäßig der Verkäufer um die Entstehung der in Frage stehenden Gegenstände zu bemühen[21]); im zweiten Falle mindestens die Thätigkeit zu entfalten, welche nach den Umständen und der Verkehrssitte zur Realisirung der Gewinnchance erforderlich ist[22]).

c) Besonders häufig ist der Verkauf von vertretbaren Sachen. Bei diesen ist es regelmäßig ganz gleichgültig, ob sie zur Zeit des Kaufs schon existiren oder sich im Vermögen der einen oder anderen Partei befinden, da es auf die einzelnen Individuen nicht ankommt. Es gelten die Regeln der Gattungsschuld[23]). Auch kann der Kaufgegenstand durch einen Dritten ꝛc. zu bestimmen sein[24]).

2. Der Kaufpreis muß in Geld festgesetzt sein[25]). Gleichgültig in welcher Art von Gelde[26]); gleichgültig auch, ob neben dem Geldpreis noch andere Leistungen verabredet sind, die nicht in Geld bestehen[27]), sofern nur die Geldleistung die Hauptleistung bleibt.

18) Sog. emtio rei speratae. Dieser Kauf enthält eine Rechtsbedingung (s. Bd. I § 101). — Preisbeschränkungen, wie sie das ältere Recht (z. B. RPolO. v. 1577 Tit. 19 § 3: zum jetzigen Marktpreis oder zum Marktpreis 14 Tage nach der Ernte, oder A.LR. I Tit. 11 § 594) enthielt, sind aufgehoben. Es besteht nur die allgemeine Wucherschranke.

19) Sog. emtio spei. Dieser Kauf ist ein aleatorisches Geschäft (s. o. § 167 Ziff. II). Vgl. schon l. 8 § 1 Dig. de c. e. 18, 1. Ebenso Dernburg § 169 Ziff. IV; Enneccerus § 239 II; Oertmann vor § 433 Note 1b. A. M. Bechmann II S. 143; Endemann in Grünhut's Ztschr. Bd. 12 S. 345; Cosack § 122 i. f., welche auch hier nur das zukünftige Objekt als Kaufgegenstand gelten lassen wollen. Darin liegt kein Fortschritt.

20) Ob Hoffnungskauf vorliegt oder die einzelnen künftigen Gegenstände für den Fall ihrer Entstehung gekauft sind, ist Frage der Auslegung des Geschäfts im Einzelfalle.

21) Also z. B. den Acker, auf dem die verkauften Feldfrüchte stehen, ordentlich zu bestellen. Es kann aber auch „ohne Obligo" in dieser Beziehung verkauft sein, z. B. eine Obsternte.

22) Also z. B. wenn ein Fischzug verkauft ist, die Netze in geeigneter Weise auszuwerfen.

23) S. o. § 147. Man spricht hier auch von Gattungskäufen. Vgl. z. B. § 480 BGB.

24) S. o. §§ 146, 153 über die Bestimmtheit der Leistung und Wahlschulden.

25) Arg. § 515 BGB. Da nur hierdurch sich Kauf und Tausch voneinander unterscheiden.

26) S. o. Bd. I § 62. Z. B. auch in ausländischem Geld, Papier- und bloßem Verkehrsgeld. — Eine Nebenverabredung, daß der in Geld festgesetzte Kaufpreis in anderen Werthen, die nicht Geld sind (z. B. Wechseln, anderen Werthpapieren oder durch Uebernahme von Hypothekenschulden auf den Kaufpreis, s. o. § 204), zu entrichten sei, steht selbständig neben dem Kaufgeschäft und berührt dessen Natur nicht. (Sowenig wie, ohne vorherige Verabredung, die Annahme aller dieser Dinge an Erfüllungsstatt ꝛc.).

27) Z. B. möglicherweise auch Handlungen. So ist sehr wichtig die Ueber-

a) Der Kaufpreis braucht nicht von vornherein ziffermäßig festzustehen. Es genügt, daß er bestimmbar ist[28]). Fehlen besondere Anhaltspunkte, soll aber der Kauf bestehen, so ist regelmäßig anzunehmen, daß zum verkehrsüblichen Preis verkauft ist[29]). Ist der Preis zwischen den Parteien streitig, so wird man die Ungewißheit nach denselben Regeln behandeln müssen. Wenn der Preis auch nach Angebot und Nachfrage schwanken kann[30]), so ist Verkauf zu dem verkehrsüblichen Preis doch derart das Gewöhnliche, daß man auf ihn zurückkommen muß, wenn es dem Verkäufer nicht gelingt, einen höheren — dem Käufer, einen niedrigeren Preis zu beweisen[31]).

Ist der Marktpreis der Waare als Kaufpreis bestimmt, so soll im Zweifel der Marktpreis des Erfüllungsortes zur Erfüllungszeit entscheidend sein. § 453 BGB. Unter dem Marktpreis verstehen wir den regelmäßigen Durchschnittpreis aus den am Markt zur kritischen Zeit geschlossenen Geschäften über Waaren der betreffenden Art. Derselbe ergibt sich in erster Linie aus den dafür veröffentlichten verkehrsmäßig anerkannten Preisnotirungen[32]). Dawider kann dann jede Partei den Gegenbeweis der Unrichtigkeit, also eines in Wahrheit höheren oder niedrigeren Marktpreises führen[33]).

b) Sind mehrere Gegenstände zusammen verkauft, so insbesondere eine Quantität vertretbarer oder anderer Sachen oder ein Sachinbegriff[34]), so kann der Preis bedungen werden nach der demnächst festzustellenden Zahl, dem Maß oder Gewicht der Gegenstände[35]). Ebenso kann sich

nahme persönlicher Verpflegung des Verkäufers (Auszug, Altentheil). Dies ändert die Natur des Kaufes im Allgemeinen nicht. Vgl. hierzu § 507 BGB.

28) Nach den Grundsätzen über die Bestimmbarkeit der Leistung. S. o. § 146. Die röm. Grundsätze über das pretium certum beim Kaufe sind beseitigt. Diejenigen über das pretium verum verstehen sich nach den Regeln über Scheingeschäfte (s. o. Bd. I § 93) von selbst. Ist der Preis nur zum Schein bedungen, so ist nicht Kauf, sondern z. B. Schenkung beabsichtigt.

29) Dieser Preis ist eventuell durch Sachverständige festzustellen. Nicht nur der Werth des Kaufgegenstandes, sondern auch die Konjunktur kommt in Betracht.

30) Die röm. Regeln über das pretium justum inklusive derjenigen über laesio enormis beim Kaufe sind beseitigt. S. auch oben Note 18.

31) Diese Konstruktion hat nicht nur die Logik, sondern auch den Vorzug der materiellen Gerechtigkeit für sich. Zustimmend Dernburg § 170 Note 13, Koffka, Juristenzeitung 1899 S. 173. A. M. bes. Stölzel, Schulung f. d. civ. Praxis I (3. Aufl.) S. 122, 127, 142 aus prozessual-formalistischen Gründen.

32) Sie brauchen nicht von einer amtlichen Stelle auszugehen. — Ueber Börsenpreis s. Börsengesetz v. 22. Juni 1896 §§ 29 ff.

33) Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I S. 589; Dernburg § 170 Ziff. VI.

34) Von Sachen aller Art! Nicht blos ein Waarenlager, sondern auch z. B. alle „eingetroffenen Neuheiten"; alle „liegen gebliebenen Saisonartikel des verflossenen Sommers" u. dgl.; ein Grundstück mit dem „gesammten Inventar".

35) Kauf nach Maß, Zahl oder Gewicht (emtio ad mensuram). S. dazu

bei Grundstückskäufen der Preis nach dem Maß des Grundstücks (also seinem Flächeninhalt) richten. Umgekehrt kann bei allen diesen Dingen der Preis auch ohne Rücksicht auf Zahl und Quantität ꝛc. bestimmt sein. Hier spricht man von Kauf in Pausch und Bogen. Dieser Kauf hat etwas aleatorisches[36]). Der festgesetzte Preis ist zu zahlen ohne Rücksicht darauf, wieviel der Käufer erhält und von welcher Beschaffenheit es ist. Der Käufer trägt also die Gefahr der Quantität und Qualität der Waare, wenn auch nicht des Kaufes überhaupt[37]). Auch ist die Frage, was zum Kaufgegenstande gehört, durchaus nach den allgemeinen Regeln zu beantworten[38]).

c) Unter Umständen sind Zuschläge zum Preise zu entrichten z. B. für Verpackung der Waare, Kommission und Stempel. Anderseits hat der Käufer auch oft ein festes Recht auf Rabatt oder Skonto, entweder in Prozenten des Kaufpreises oder in der Form einer unentgeltlichen Zugabe zur Waare, wenn diese nach Maß, Zahl oder Gewicht bezahlt wird[39]). Ueber alle diese Punkte entscheiden mangels besonderer Verabredung die Regeln am Erfüllungsorte des Verkäufers.

3. Die Einigung der Parteien braucht sich grundsätzlich nur auf Waare und Preis im obigen Sinne zu beziehen[40]). Damit ist der Kauf abgeschlossen. Doch können sich die Parteien selbstverständlich den Abschluß auch noch bis zur erzielten Einigung über zahlreiche andere Punkte vorbehalten[41]). Keine derartigen Nebenabreden sind aber einseitige, z. B. in der Rechnung oder den der Waare beigefügten Begleitschreiben enthaltene Klauseln. Diese darf der Käufer regelmäßig ignoriren. Sie sind nicht Vertragsinhalt[42]). Anders verhält es sich

noch § 380 HGB. Dann ist nicht mehr zu zahlen, als die demnächstige Feststellung ergibt.

36) Wie der Hoffnungskauf (s. o. Note 19), wenn auch nicht in demselben Maße.

37) Wenn der Käufer nach Lage der Sache gar nichts erhalten würde, also z. B. der ganze Vorrath vor der Ablieferung untergegangen ist, braucht Käufer nichts zu zahlen. S. noch unten § 213 über die Gefahrtragung beim Kaufe.

38) Z. B. darüber, was unter einem Grundstück mit Zubehör, oder mit Allem, was sich darauf befindet, — unter den letzten Neuheiten ꝛc. zu verstehen ist. Es entscheidet die Auslegung (nach den Regeln der Verkehrssitte). Regelmäßig sind nur die zur Zeit des Kaufs wirklich vorhandenen Objekte zu liefern, soweit sie nicht schon anderweit verkauft waren.

39) S. über das sog. Gutgewicht, das nicht blos bei Handelskäufen vorkommt, § 380 Abs. 2 HGB.

40) S. o. § 211 Ziff. 3c.

41) Darüber gelten die Regeln Bd. I § 90. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 330.

42) Doch gibt es einzelne Ausnahmen. S. Hanausek, Fakturen u. Fakturenklauseln (1891); Dernburg § 171 Ziff. II.

mit Anschlägen (namentlich über Massenkontrakte), die im Verkaufslokal sichtbar angebracht waren, oder dem Inhalt eines schriftlichen Vertragsformulars, welches nach stattgefundener mündlicher Vereinbarung dem anderen Theil zur Unterschrift vorgelegt wurde. Stillschweigen hierauf würde als Zustimmung gedeutet werden müssen[43]).

a) Wichtige Nebenbestimmungen beziehen sich auf Zeit und Ort der Ablieferung der Waare und des Preises.

α. Das Gewöhnliche ist, daß seitens beider Parteien sofort (und zwar Zug um Zug) zu leisten ist[44]). Hier spricht man von Baarkauf[45]). Es kann aber auch sein, daß der Verkäufer sofort, der Käufer erst zu einem bestimmten späteren Termin leisten soll (Kreditkauf)[46]), oder umgekehrt, daß der Kaufpreis vor Lieferung der Waare einzuzahlen sei[47]). Endlich können die beiderseitigen Leistungen erst zu einer bestimmten späteren Zeit vorgesehen sein. Hier sowie überhaupt, wenn der Kaufgegenstand erst zu einem bestimmten Termin oder binnen gewisser Frist zu liefern ist, spricht man von Zeitkäufen. Sie spielen im Handel, namentlich dem Börsenhandel, eine große Rolle[48]).

β. Käufer und Verkäufer haben regelmäßig jeder an dem für seine Leistung gewöhnlichen Orte — also vor Allem an ihrem respektiven Wohn- oder Geschäftssitz — zu leisten, unbeschadet der Uebermittelungspflicht des Geldpreises an den Wohn- oder Geschäftssitz des Verkäufers[49]). Die Parteivereinbarung kann an Stelle dieses gewöhnlichen einen besonderen Erfüllungsort setzen, z. B. einen gemeinsamen für beide Parteien. Jedenfalls ist dann die Waare vom Verkäufer[50]) an den festgesetzten Erfüllungsort zu bringen, und steht bis dahin auf seine Gefahr und Kosten. Die Leistung ist erst mit Ablieferung am festgesetzten Orte vollendet[51]).

43) Nach Bd. I § 86 Ziff. 3. Vgl. auch die Beispiele Entsch. d. ROHG. Bd. 17 S. 228, Bd. 19 S. 122 ff. Bei Unterzeichnung von Vertragsformularen kommt § 154 Abs. 2 BGB. (s. Bd. I § 90 Note 4 ff.) in Betracht.

44) Dies entspricht den Regeln oben §§ 156, 168 ff. Vgl. dazu Dernburg § 173 Note 5.

45) Im Handelsrecht von Kassageschäften.

46) Oft ratenweise. S. u. § 229 III über die Abzahlungsgeschäfte.

47) Dies ist verhältnißmäßig selten. Kauf gegen Einsendung des Betrages, Pränumerationskauf!

48) Als sog. Termingeschäfte. S. dazu Adler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 132; Staub, Der Begriff der Börsentermingeschäfte (1899); Dernburg § 173 Ziff. II. Vgl. §§ 48 ff. BörsenG. v. 22. Juni 1896. — Ueber die Ausartung in Differenzgeschäfte s. u. § 290.

49) Soweit der Preis in Geld besteht. S. §§ 269, 270 BGB. u. oben § 155 über die Lehre vom Erfüllungsorte.

50) Der Käufer muß das Geld regelmäßig so wie so übermitteln (s. o.), und über Gefahr und Kosten bestimmt hier das Gesetz.

Aus dem Umstand allein, daß der Verkäufer die Versendungskosten des Kaufgegenstandes übernommen hat, ist dagegen nicht umgekehrt zu schließen, daß er am Bestimmungsort leisten wolle[52]). Die Kostenübernahme schließt noch nicht die Uebernahme der Gefahr ꝛc. für die Zusendung in sich[53]). Vielmehr wird dem gewöhnlichen Kaufinhalt häufig nur eine Versendungsklausel beigefügt[54]). Hier reden wir von Distanz- oder Versendungskauf. Der Erfüllungsort bleibt unverändert (z. B. am Wohnort des Verkäufers), aber der gekaufte Gegenstand ist dem Käufer nach dessen näherer Anweisung zuzuschicken[55]). Weicht der Verkäufer ohne Grund von der ertheilten Anweisung ab, so ist er dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich[56]). § 447 Abs. 2 BGB.[57]).

b) Der Kauf kann unter Bedingung abgeschlossen werden[58]), sowohl unter einer aufschiebenden wie unter einer auflösenden[59]). Ein besonderes bedingtes Kaufgeschäft ist der Kauf auf Probe[60]). Dagegen enthält ein vorbehaltenes Rücktrittsrecht vom Kaufe keine Bedingung[61]); und eigenartiger Natur sind auch die Klauseln des Vorkaufs und Wiederkaufs, die unten besprochen werden sollen[62]).

Eine Bedingung, und zwar eine aufschiebende, enthält im Zweifel

---

51) Der Käufer kann auf Erfüllung an diesem Orte aus dem Kaufgeschäft klagen. S. § 29 CPO.

52) S. § 269 Abs. 3 BGB. u. oben § 155 Ziff. I i. f. — Im Uebrigen handelt es sich um richtige Auslegung des Geschäfts.

53) Ueber die Gefahrtragung bestehen besondere gesetzliche Regeln (s. u. § 213). Uebernimmt aber auch der Verkäufer die Transportgefahr, so folgt daraus noch nicht die Verabredung eines besonderen Erfüllungsortes. Denn eine derartige Absicht erscheint keineswegs als das Gewöhnliche.

54) Also die Klausel der Versendung der Waaren an einen besonderen Bestimmungsort. S. o. § 155 zu Note 22. Daß es sich um eine andere politische Gemeinde handele, wird nicht erfordert. Es gibt auch „Stadtsendungen".

55) Selbstverständlich ist bei Auswahl und Instruktion der Transportperson die erforderliche Sorgfalt anzuwenden. — Bei Beobachtung der „Anweisungen" des Käufers handelt es sich um etwas Besonderes: Art und Weise, Zeitpunkt der Versendung ꝛc. Uebrigens hat das Maß der Anweisungen seine Grenze. Kontraktwidrige oder den Verkäufer zu sehr belastende Anweisungen darf letzterer außer Acht lassen.

56) § 665 BGB. wird ergänzend in Betracht zu ziehen sein.

57) Die Gefahrtragung bleibt auch hier unverändert. S. u. § 213.

58) Eine Bedingung enthält schon unter Umständen die vorbehaltene Bestimmung des Preises, insbesondere durch Dritte, sofern sie nicht nach billigem Ermessen erfolgen soll. S. o. Note 28 u. Cit. Bechmann I S. 344 ff., 354.

59) Es gelten die oben Bd. I §§ 97 ff. gegebenen Regeln.

60) S. Bd. I § 97 zu Note 10 u. unten § 226. Der Kauf nach Probe (§ 225) ist unbedingt.

61) S. o. § 174 bes. Ziff. 3. Ein solches Rücktrittsrecht kann bei allen Verträgen vorkommen. Es hat die röm. Bestimmungen über die lex commissoria, in diem addictio etc. beim Kaufe absorbirt.

62) S. §§ 227, 228.

die bei Verkäufen von beweglichen Sachen nicht seltene Klausel, daß der Verkäufer sich das Eigenthum der Kaufsache bis zur erfolgten vollständigen Zahlung des Kaufpreises vorbehalte[63]). Indessen trifft diese Bedingung nicht das Kaufgeschäft, sondern nur die auf Grund desselben erfolgte Uebertragung des Eigenthums[64]). Für das Kaufgeschäft wirkt die Klausel nur als ein vorbehaltenes Rücktrittsrecht vom Vertrage, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug kommt[65]). § 455 BGB. Die dingliche und obligatorische Wirkung der Klausel stimmt also nicht überein. Die Bedingung des Eigenthumsübergangs ist vereitelt mit nicht vollständiger Preiszahlung zur Zeit da sie erfolgen soll[66]). Vom Kaufgeschäft dagegen kann erst bei Verzug[67]) des Käufers in der Preiszahlung und auf Grund einer Rücktrittserklärung des Verkäufers[68]) abgegangen werden. Dies erklärt sich aus dem hauptsächlichen Sicherungszweck der Vorschrift. Die dingliche Wirkung (Eigenthumsvorbehalt) ist wichtiger, als die Auflösung des Kaufgeschäfts. Es kann also der Verkäufer, ohne vom Kaufe abzugehen, die übergebene Sache zurückfordern[69]), ohne deshalb die empfangenen Abschlagszahlungen zurückgeben zu müssen[70]). Nur zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Verkäufers darf diese Be-

63) Sog. pactum reservati dominii. Vgl. dazu Thorsch, Das p. res. dom. (1875); Wendt, Reurecht u. Gebundenheit II (1879) S. 25 ff., Leist, Sicherung von Forderungen (1889) S. 44, 52. S. auch Prot. II S. 79—81.

64) Es ist vorauszusetzen, daß die Sache bereits übergeben wurde. Die Uebergabe ist alsdann Besitzesübergabe (zum zwischenzeitlichen Gebrauch ꝛc.); die Eigenthumsübertragung ist nach § 455 BGB. aufschiebend bedingt. — Doch handelt es sich nur um eine Auslegungsregel. Es ist den Parteien unbenommen, entweder die Eigenthumstradition vollständig auszuschließen (sie nicht einmal bedingt vorzunehmen), so wie dies bei Immobilien die Regel bildet (s. u.), oder sie auch resolutiv bedingt zu vollziehen.

65) Also nicht als Bedingung (s. o. Note 61). Doch gilt auch dies nur im Zweifel. Also es kann auch für das Kaufgeschäft Bedingung gewollt sein, aufschiebende oder auflösende, — vom bloßen Ausbleiben der Zahlung (nicht von Verzug) abhängige ꝛc.

66) Auch beim nicht pünktlichen Eingang von Abschlagszahlungen.

67) S. über die Voraussetzungen oben § 161.

68) S. § 349 BGB. — Abwendung der Befugniß, z. B. nach § 357 BGB., sowie dadurch, daß der Verzug vor Ausübung des Rücktrittsrechts beseitigt wird (oben § 165).

69) Kraft seines Eigenthumsrechts zu seiner Sicherung (nach §§ 985 ff. BGB.). Der Käufer kann keinen Einwand aus § 986 Abs. 1 S. 1 erheben, da die Tradition bedingt war, die Bedingung ausgefallen ist und der Verkäufer auf Grund des Kaufgeschäfts nur zur bedingten Eigenthumsverschaffung und Uebergabe verpflichtet war. — Ebensowenig kann Käufer die Sache nach § 273 BGB. zurückbehalten, denn er hat, bis der Rücktritt vom Kaufgeschäft erfolgt, kein Recht auf Rückgabe der Abschlagszahlungen. S. auch Oertmann § 455 Note 1. — Besondere Vereinbarungen der Parteien können das Resultat modifiziren.

70) S. auch Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 150 ff.

fugniß nicht führen[71]). Auch kann der Eigenthumsvorbehalt aus sachenrechtlichen Gründen seine Kraft verlieren[72]). Das Rücktrittsrecht vom Kaufe erledigt sich dann nach §§ 351—353 BGB. bezw. durch den Wegfall des Sicherungszwecks.

Auf Grundstückskäufe ist die Vorschrift des § 455 nicht anwendbar. Der Verkäufer kann sich hier ausbedingen, daß das Grundstück zwar übergeben, aber bis zur Zahlung des Kaufpreises nicht aufgelassen werden solle[73]). Der Kauf, als Titel der demnächstigen Auflassung, kann schon im Grundbuche durch Vormerkung verlautbart werden[74]). § 883. Auch kann der Verkäufer sofort auflassen und sich den Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks im Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises durch Vormerkung sichern lassen.

§ 213.

2. Gefahrtragung*.

Der Kauf ist gegenseitiger Vertrag. Leistung und Gegenleistung stehen also in dem oben § 168 geschilderten Abhängigkeitsverhältniß zueinander. Daraus würde folgen, daß wenn die Leistung des Kaufgegenstandes dem Verkäufer aus einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande ganz oder theilweise unmöglich wird[1]), auch die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises (entsprechend) hinwegfällt. Arg. § 323 BGB. Es würde also keine Partei die Gefahr tragen[2]).

71) S. auch Dernburg § 171 Note 13.

72) Z. B. durch Untergang der Sache, Verarbeitung, Einfügung als wesentlicher Bestandtheil in eine andere Sache ꝛc. S. o. Bd. I § 59 I Ziff. 2, sowie das Sachenrecht.

73) Eine bedingte Auflassung ist unzulässig. § 925 BGB.

74) Damit der Verkäufer nicht in der Lage ist, inzwischen das Grundstück einem Dritten zu übereignen. — Aus dem Kaufe hat der Käufer nach § 433 einen bedingten Anspruch auf Einräumung des Eigenthums am Grundstück, den er nach § 883 BGB. durch Vormerkung sichern lassen kann.

*) Vgl. hierzu Martinius im Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 50. Titze, Unmöglichkeit der Leistung S. 255, Kisch, Unmöglichkeit der Erfüllung S. 59 ff. Die gemeinrechtliche Litteratur ist gemäß dem oben § 168 Note 14 Gesagten nicht mehr maßgebend.

1) Weil das Kaufobjekt ganz oder theilweise untergeht oder verschlechtert wird.

2) Man darf dies nicht (mit Enneccerus § 241 Ziff. III u. A.) so ausdrücken, als trage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch prinzipiell der Verkäufer die Gefahr! Denn „Gefahrtragung" heißt, die eigene Leistung machen zu müssen, während man die Gegenleistung nicht erhält. Der Verkäufer aber, dem die Kaufsache ꝛc. zu Grunde gegangen ist, leistet selbst nicht. Der Verlust, den er durch den Untergang der Sache erleidet, trifft ihn als Eigenthümer der Sache ꝛc., nicht als Verkäufer. Das periculum rei ist aber, wie schon hervorgehoben (§ 168 Note 13), von unserer Erörterung ganz auszuschließen. Aller-

Dabei versteht man unter dem Untergang des Kaufobjekts nicht blos die physische Vernichtung, sondern der Begriff ist im wirthschaftlichen Sinne zu nehmen. Nach Verkehrsgrundsätzen ist z. B. das verkaufte Hausgrundstück auch dann untergegangen, wenn das Haus abbrennt[3]), eine Statue, wenn sie zerbrochen ist. Dagegen ist Verschlechterung nicht schon jede Verminderung einer vortheilhaften Eigenschaft; namentlich dann nicht, wenn die Parteien sie nicht kannten oder nicht beachteten, also auch die Höhe des Preises davon nicht abhängig machten[4]). Alles in der Welt ist im Lauf der Zeit Veränderungen ausgesetzt. Eine Verschlechterung in unserem Sinne beginnt erst, wenn sie wirthschaftlich für das Kaufgeschäft besonders fühlbar wird.

Immerhin ist das gewöhnliche Prinzip der gegenseitigen Verträge, wonach beim Untergang des Kaufgegenstandes regelmäßig gar nichts, bei Verschlechterung nur ein entsprechend geringerer Preis zu zahlen wäre, in dieser Allgemeinheit nicht ausreichend. Fast alle Rechte haben für den Kauf besondere Regeln aufgestellt[5]), und auch unser Gesetz kann solche nicht entbehren. Selbstredend sind diese Regeln nur dis-

---

dings haben manche Gesetze das periculum rei und das periculum obligationis beim Kaufe Hand in Hand gehen lassen (so der Code Nap. Art. 1138) oder gar das eine auf dem anderen aufgebaut (so das Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 95); aber dennoch waren beide Begriffe auch dort auseinander zu halten und ihre Normirung ging in manchen Beziehungen auseinander. Auch heute trifft dies (trotz der §§ 446, 925, 929 BGB.) immer noch zu.

3) Es kommt darauf an, ob wirthschaftlich das Haus für den Kauf als die Hauptsache erschien (es gilt nicht der dingliche Gesichtspunkt der §§ 94, 905 BGB.). Im Sprachgebrauch des Lebens unterscheidet man deutlich, ob das „Haus" gekauft ist oder ein „Gut" 2c.

4) Z. B. wenn die Obstbäume im Garten des verkauften „Hauses" (s. vor. Note) in einer Nacht vom Sturme niedergebrochen werden oder erfrieren.

5) Das röm. Recht ließ den Käufer am frühesten die Gefahr tragen (periculum est emtoris). Zwar nicht sofort mit Abschluß des Vertrages, sondern in einem Zeitpunkt, den man als Perfektion des Kaufes bezeichnete (s. l. 8 pr. Dig. de peric. 18, 6). Dazu gehörte, neben der Willensübereinstimmung der Parteien über die wesentlichen Punkte, unbedingte Berechtigung des Käufers und individuelle Bestimmtheit der Waare (Konzentration auf ein bestimmtes Sachindividuum). „Et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit .... et pure venit, perfecta est emtio". Vgl. Hofmann, Periculum beim Kaufe (1870). Die Perfektion ist heute noch nicht vollkommen gleichgültig. Siehe Bd. I § 100 Note 5 u. unten Ziff. 3.

Das deutsche Recht knüpfte im Allgemeinen die Gefahrtragung des Käufers erst an die Uebergabe der Sache an. Doch ließ sich dieser Grundsatz beim Versendungskaufe nicht durchführen. Man mußte also die Gefahrtragung hier wieder früher (mit der Absendung) beginnen lassen. Bei Grundstücken ward sie vielfach an die Auflassung angeknüpft. Dies ging in einzelne Partikularrechte, so insbesondere auch in das preuß. Recht, und größtentheils in das Bürgerliche Gesetzbuch über. Vgl. Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht III § 231 Ziff. 6 u. Cit.

positiv; den Parteien ist unbenommen, die Gefahrtragung abweichend zu bestimmen[6]). Die gesetzlichen Regeln müssen mit der Veräußerungsnatur des Kaufs und mit den verschiedenen Möglichkeiten seines Vollzugs (also der Erfüllung) rechnen.

Hiernach gilt im Einzelnen:

1. Der Käufer hat regelmäßig nur zu leisten, wenn auch der Verkäufer ordnungsmäßig leistet: also, da die Verpflichtung des Verkäufers (§ 433) auf Uebergabe und Eigenthumsverschaffung an der gekauften Sache gerichtet ist, prinzipiell nur gegen die Bewirkung beider.

a) Dies ist einfach, wo Uebergabe und Eigenthumsverschaffung zusammenfallen (die eine durch die andere bewirkt wird), also bei beweglichen Sachen (arg. §§ 929 ff. BGB.). Daher geht hier die Gefahr erst mit der Uebergabe der verkauften Sache zu Eigenthum auf den Käufer über. § 446 Abs. 1 S. 1 BGB.[7]). Dabei ist unter Uebergabe nicht blos die unmittelbare Besitzübertragung zum Zweck der Uebereignung zu verstehen, sondern sämmtliche Akte, welche dem letzteren Zwecke dienen oder im Sinne der §§ 929 ff. die Uebergabe ersetzen[8]), also die Uebergabe kurzerhand[9]), das sog. Besitzkonstitut[10]) und (falls ein Dritter im Besitz der Sache ist) die Abtretung des Herausgabeanspruchs wider den Dritten[11]).

Die Hinausschiebung der Gefahrtragung des Käufers bis zur Uebergabe würde jedoch beim Versendungskauf[12]) zu einer unbilligen Belastung des Verkäufers führen. Derselbe hätte die Gefahr des ganzen Transports zu tragen (also über den Erfüllungsort hinaus), weil zufällig der Käufer dort nicht wohnt oder nicht annehmen will[13]). Daher geht bei verlangter Versendung[14]) des Kaufobjekts nach einem

6) In der bloßen Uebernahme der Transportkosten beim Versendungskauf liegt eine solche anderweitige Bestimmung der Gefahrtragung noch nicht. S. o. § 212 zu Note 53. S. auch Unger in Ihering's Jahrb. Bd. 33 S. 344.

7) Also nach der Uebergabe muß er den vollen Kaufpreis zahlen, wenn auch die Sache untergeht oder zufällig verschlechtert wird (s. o.).

8) Denn da diese Akte dem Käufer das Eigenthum also das periculum rei geben, so ist unmöglich anzunehmen, daß er nicht auch das periculum obligationis trage. Dieses kann vernünftigerweise (als das Mindere) nicht später eintreten als die volle Eigenthumsgefahr. Dies wäre auch geschichtlich ohne Beispiel. A. M. Emerich S. 35, 44.

9) Traditio brevi manu, § 929 Satz 2 BGB.; Titze S. 257; Kisch S. 62.

10) Constitutum possessorium. § 930 BGB.

11) § 931 BGB.

12) S. o. § 212 zu Note 54 ff. Titze S. 260, Kisch S. 64.

13) Der Verkäufer müßte, um diesen Nachtheil auszugleichen, seine Preise ꝛc. für jeden Ort besonders stellen, was praktisch zu den größten Unzuträglichkeiten führen würde.

14) Nicht wenn der Verkäufer ohne Weiteres die Waare verschickt. Dadurch kann er dem Käufer nicht einseitig die Gefahr aufbürden. Aber das Verlangen

anderen als dem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Erfüllungsorte die Gefahr schon in dem Augenblicke auf den Käufer über, da die Sache vom Verkäufer dem Frachtführer[15]), Spediteur[16]) oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Transportperson[17]) oder Transportanstalt ausgeliefert worden ist. § 447 Abs. 1. Vom Augenblicke der Auslieferung[18]) trägt also der Käufer die Gefahr, trotzdem er damit weder Besitz noch Eigenthum der Kaufsache erlangt hat[19]). Selbstredend treffen ihn nur solche Schäden, die ohne Verschulden des Verkäufers[20]) eingetreten sind.

b) Beim Verkauf von Grundstücken fallen körperliche Uebergabe und Eigenthumsverschaffung nach heutigem Recht vollkommen auseinander. Mit der Uebergabe erlangt der Grundstückskäufer nur den Besitz des Grundstücks (§ 854); das Eigenthum erlangt er durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch (§§ 873, 925 BGB.). Auch hier konnte die Gefahrtragung des Käufers nicht bis zur Erfüllung dieser sämmtlichen Verpflichtungen aufgeschoben werden[21]); vielmehr soll die Erfüllung einer einzelnen genügen, gleichviel welche zuerst erfolgt.

Die Gefahrtragung des Käufers beginnt also hier:

α. Wie bei Mobilien mit der Uebergabe[22]). § 446 Abs. 1.

---

des Käufers kann sich aus den Umständen, z. B. einer regelmäßigen Geschäftsverbindung, ergeben. — Umgekehrt kann Verkäufer das Verlangen der Versendung ablehnen, da er mit Leistung am Erfüllungsort seine kontraktmäßigen Pflichten erfüllt.

15) S. u. § 264 Ziff. 4.

16) S. a. a. O. und §§ 407 ff. HGB.

17) Dies können auch die Leute des Verkäufers, Laufburschen u. s. w. sein.

18) Was dazu gehört, beurtheilt sich nach den Umständen und der Verkehrssitte. Das Weggehen der Leute ist nicht stets zu fordern. Oft setzen sie die Sachen nach der Uebernahme zum Transport noch einmal im Hausflur oder sonstwo nieder. Der Absender kann ihnen da nicht nachlaufen.

19) Vielfach wird angenommen, daß die Transportperson, welche die Sache am Erfüllungsorte zur Versendung übernimmt, dabei als Vertreter des Käufers erscheine, sodaß die Uebergabe dadurch gewissermaßen schon am Erfüllungsort erfolgt sei. Dies ist nur eine wirthschaftliche Erklärung des Vorgangs.

20) Also z. B. nicht solche aus Mängeln der Verpackung ꝛc. Für sie haftet der Verkäufer nach allgemeinen Grundsätzen. Es handelt sich dabei nicht um Gefahr. § 446 verlangt zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung. Ebenso ist der Verkäufer für die in § 447 Abs. 2 hervorgehobenen Unregelmäßigkeiten verantwortlich. S. o. § 212 zu Note 55. — Beim Gattungskauf gelten entsprechende Grundsätze. S. Kisch S. 65, Titze S. 260 ff.

21) Obschon sie hier (im Gegensatze zum Versendungskauf) sämmtlich dem Verkäufer obliegen.

22) Auch hier fallen also (wie bei Note 19) das periculum rei und obligationis vollständig auseinander. Der Käufer ist noch nicht Eigenthümer und trägt die Gefahr. Hinsichtlich des Begriffs der Uebergabe gelten entsprechend die Regeln lit. a.

β. Oder, falls die Uebergabe noch nicht erfolgt ist, sobald der Käufer des Grundstücks auf Grund der Auflassung als Eigenthümer in das Grundbuch eingetragen worden ist[23]). § 446 Abs. 2 BGB.

γ. Bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks geht die Gefahr sogar schon vor der Uebergabe und Eintragung des Erstehers im Grundbuche mit dem Zuschlag[24]) an denselben über (in Ansehung der übrigen Gegenstände mit Schluß der Versteigerung).

c) Schließlich werden die hier für den Verkauf von Mobilien und Immobilien ausgeführten Grundsätze auch auf den Verkauf von Rechten an beweglichen und unbeweglichen Sachen übertragen, die zu deren Besitz berechtigen[25]). § 451. Denn hier tritt mit Entwerthung der Sache auch eine entsprechende Entwerthung des Rechtes ein, das an der Sache besteht. Auch geht die Pflicht des Verkäufers[26]) hier neben der Verschaffung des Rechts auf Uebergabe der betreffenden Sache an den Käufer. Demgemäß trägt letzterer regelmäßig bei Rechten an beweglichen Sachen die Gefahr mit deren Uebergabe, resp., wenn sie ihm zu übersenden sind, mit der Absendung; bei Rechten an einem Grundstück mit der Uebergabe resp. der etwa früheren Eintragung des Käufers mit seinem Recht im Grundbuch.

Bei anderen Rechten bewendet es bei dem allgemeinen Grundsatz des § 323 BGB.[27]).

2. Nach diesen Grundsätzen ist möglich, daß Jemand dieselbe Sache zweimal an verschiedene Personen verkauft mit dem Erfolg, daß beide die Gefahr tragen[28]). Doch folgt daraus keineswegs, daß beide Käufer den Preis zu zahlen hätten. Denn in dem Doppelverkauf liegt ein grober Verstoß gegen Redlichkeit und

23) Hier muß der Eintritt des periculum rei, wie oben bei Note 8, das periculum obligationis mit sich fortreißen. Der Käufer trägt jetzt das eine wie das andere.

24) S. darüber §§ 56, 89, 104 RG. betr. die Zwangsversteigerung v. 24. März 1897.

25) Z. B. Nießbrauch an beweglichen und unbeweglichen Sachen, Grunddienstbarkeiten, Bergwerksgerechtigkeiten u. dgl.

26) Nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB.

27) S. auch Oertmann § 446 Note 6. Ferner oben § 144 zu Note 20. — Es ist Frage der Auslegung im Einzelfalle, ob die dem Verkäufer obliegende Leistung ganz oder theilweise unmöglich geworden ist. Z. B. bei Entwerthung von Aktien. S. dazu noch §§ 437 ff. BGB. u. unten § 218 Ziff. 2.

28) Z. B. er läßt das verkaufte Grundstück dem Einen auf und übergibt es dem Anderen. Oder er übergibt die Sache dem Einen durch Besitzkonstitut, dem Anderen körperlich. Oder er übergibt sie körperlich 2 Mal hintereinander (indem die Sache etwa dem ersten Käufer gestohlen wird oder das übergebene Thier dem Verkäufer wieder zuläuft).

Treue[29]); — mindestens war Verkäufer von Anfang an außer Stande, beiden Käufern zu übergeben und zu übereignen (§ 433). Wem er beides nicht leisten kann, gegen den kann er überhaupt den Kaufpreis nicht beitreiben[30]). Doch muß derjenige Käufer, welcher sich das Fehlende ohne besonderes Entgelt hinzuverschaffen kann, so behandelt werden, als hätte er es vom Verkäufer erlangt. Wer das Erlangte doch herausgeben muß, ist so zu behandeln, als hätte er gar nichts erhalten (er ist also frei)[31]). Danach hat bei Grundstücksverkäufen derjenige zu zahlen, dem aufgelassen wurde; bei Kauf beweglicher Sachen derjenige, der die Sache erhalten hätte, wenn sie nicht untergegangen wäre, oder der sie (bei bloßer Verschlechterung) wirklich erhält[32]). — Liegt Betrug des Verkäufers vor, so wird er nach allgemeinen Grundsätzen schadensersatzpflichtig[33]), was seine Ansprüche aus dem Kauf bei weitem übersteigen resp. die letzteren ausschließen kann[34]).

3. Für besondere Fälle ist noch Folgendes zu bemerken:

a) War die Kaufsache übergeben, aber der Kauf selbst aufschiebend bedingt[35]), so geht die Gefahr des (vollständigen oder theilweisen) Untergangs der Sache keinesfalls vor Eintritt der Bedingung auf den Käufer über. Vorher ist das Geschäft noch in der Schwebe[36]). Sobald aber definitiv feststeht, daß es beim Kaufe

---

29) Die Berufung auf die guten Sitten (Dernburg § 174 Note 9) ist nicht durchschlagend. Der zweite Kauf ist nicht nichtig.

30) Der Käufer, dem nicht Besitz und Eigenthum verschafft wird, kann sich regelmäßig nach §§ 320, 325 BGB. der Zahlung weigern.

31) Der Fall kann nicht anders behandelt werden als bei der Gewährleistung wegen Mängel im Rechte. S. u. § 219.

32) Wer dies ist, hängt von den Umständen ab. Es entscheidet nicht blos die Priorität der Uebereignung (in jeder der möglichen Formen, s. o. Note 8 ff.), sondern auch die Grundsätze des Eigenthumserwerbs a non domino. §§ 932 ff. BGB. Denn nachdem einmal übereignet war, ist der Verkäufer Nichteigenthümer. Wer bei doppelter Uebergabe Eigenthümer wird, ist im Sachenrecht zu erörtern: dem anderen Käufer hat der Tradent nicht erfüllt. Mag es der erste oder zweite Kauf sein, der hiernach erfüllt wird, in keinem Falle kann sich der Verkäufer auf denjenigen Kaufvertrag berufen, den er zu erfüllen sich selbst außer Stande gesetzt hat. Vgl. hierzu in diversem Sinne Martinius a. a. O. S. 72 ff., Cosack § 125 Ziff. VI, Emerich S. 45 lit. β, Kisch S. 62 ff., Planck § 446 Note 2 b, Oertmann eod. Note 5 c u. A.

33) S. bereits l. 30 § 1 Dig. de A. E. V. 19, 1; l. 21 pr. Dig. de evict. 21, 2. Der Betrug kann heutzutage nach §§ 823 ff. BGB. wirken.

34) Ueber den Fall, daß die untergegangene Sache versichert ist, s. Titze S. 263 ff. u. Cit.

35) Der Kauf mit Vorbehalt des Eigenthums ist nach § 212 Ziff. 3 b nicht bedingt, sondern enthält ein Rücktrittsrecht des Verkäufers.

36) S. o. Bd. I § 99. Vgl. zum Folgenden auch Titze S. 258 ff., Kisch S. 66 ff.

bleibt, findet das Geschäft seinen Gegenstand nicht mehr vor[37]). Bei bloßer Verschlechterung läßt sich dies nicht sagen. Nach Ziff. 1 ist die Gefahr übergegangen[38]). Dagegen ist die auflösende Bedingung ihrem Wesen nach als eine aufschiebende hinsichtlich der Rückauflösung des Geschäftes zu behandeln; schließt also den Gefahrübergang auf den Käufer nicht aus[39]).

b) Ist ein Sachinbegriff oder ein ganzes Vermögen (z. B. eine Erbschaft) verkauft[40]), so ist Kaufgegenstand in erster Linie die Gesammtheit, nicht die einzelnen Stücke. Es trägt daher der Käufer schon vom Kaufabschluß[41]) die Gefahr einer Verminderung der Masse[42]). Dagegen trifft ihn der totale Untergang (nach Ziff. 1) erst von der Uebergabe. Vgl. § 2380 BGB.

c) Geräth der Käufer in Annahmeverzug, so trägt er sofort die Gefahr (also schon vor der Uebergabe). §§ 300, 324 Abs. 2 BGB.

d) Bei Gattungskäufen und dem wahlweisen Kauf mehrerer Gegenstände s. die allgemeinen Ausführungen über Gattungs-[43]) und Wahlschulden[44]).

§ 214.

3. Nutzungen und Lasten des Kaufgegenstandes.

1. Das Korrelat der Gefahrtragung ist der Bezug der Nutzungen des Kaufgegenstandes[1]). Diese gebühren also dem Käufer von der Uebergabe (§ 446 Abs. 1); in den besonderen Fällen, in denen die Gefahr schon früher (mit Annahmeverzug, Eintragung des Käufers im Grundbuch) übergeht, von diesem Zeitpunkte an — beim Versendungskaufe jedoch regelmäßig erst von der Uebergabe am Bestimmungsorte ab[2]).

---

37) S. Bd. I § 100 Text u. Note 13. Oertmann § 446 Ziff. 5a. Theilweise a. M. Cosack § 122 II Ziff. 10 u. dazu Dernburg § 174 Note 14.

38) Diese Lösung entspricht dem röm. Recht. L. 8 pr., l. 10 pr. Dig. de perio. 18, 6; l. 10 § 5 Dig. de iure dot. 23, 3. Auch Dernburg § 174 Ziff. V scheint diese Meinung zu theilen.

39) A. M. Cosack a. a. O., Kisch in Grünhut's Ztschr. Bd. 28 S. 260. S. aber Oertmann § 446 Ziff. 5a u. oben Bd. I § 99 Ziff. 2, § 100 II Ziff. 1 u. 2.

40) S. o. § 212 Ziff. 1 zu Note 9.

41) Vorbehaltlich des oben lit. a für den Fall einer Bedingung Gesagten.

42) Er kann dieserhalb keinerlei Abzüge vom Preise machen.

43) Oben § 147 bes. zu Note 29 u. 35 ff.

44) Oben § 153 Noten 8, 10, sowie Ziff. 3 u. 5 daselbst.

1) S. o. § 144 II bes. Ziff. 2.

2) § 446 BGB. im Verhältniß zu § 447; dazu aber auch oben § 144 Note 19 i. f.

Erfolgt der Uebergang inmitten einer Fruchtperiode, so sind die zur Zeit des Uebergangs noch nicht verfallenen Früchte nach Anleitung des § 100 BGB. zwischen den Parteien zu vertheilen[3]).

Ueber Surrogate und Erweiterungen des Kaufgegenstandes s. o. § 144 Ziff. II. Leistungsverzug des Verkäufers begründet für ihn besondere Verpflichtungen (oben § 162).

2. Ein Korrelat der Nutzungen sind anderseits die Lasten des Kaufgegenstandes[4]). Auch diese hat daher der Käufer vom gleichen Zeitpunkt an zu tragen, wie die Gefahr. § 446 Abs. 1. Es kommen sowohl öffentliche Lasten in Betracht, die sich nach Maßgabe des Landesrechts bestimmen[5]), als private (auf privatrechtlichen Titeln beruhende) Lasten[6]).

Erfolgt der Uebergang inmitten einer Lastenperiode, so bestimmt sich die Lastenvertheilung ähnlich wie bei den Früchten. S. § 103 BGB[7]).

3. Abweichende Vereinbarungen sind unter den Parteien zulässig[8]).

C. Verpflichtungen der Parteien.

§ 215.

1. Verpflichtungen des Käufers.

1. Der Käufer hat den bedungenen Kaufpreis[1]) zu bezahlen, d. h. dem Verkäufer zu übergeben und das Eigenthum daran zu verschaffen[2]). § 433 Abs. 2. Den Kaufpreis hat er zu verzinsen[3])

3) S. Bd. I § 70. Also z. B. die zur Zeit des Uebergangs stehenden Feldfrüchte erhält der Käufer. Die zu dieser Zeit laufenden Mieth- und Pachtgelder werden nach Verhältniß der Zeit zwischen Käufer und Verkäufer getheilt. — Für übermäßigen (nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft nicht gerechtfertigten) Fruchtbezug zwischen Kaufabschluß und Uebergabe oder Auflassung hat der Verkäufer Ersatz zu leisten. Arg. §§ 242, 581 BGB. Dernburg § 175 II Ziff. 1.

4) S. o. Bd. I § 69 i. f.

5) Z. B. Grundsteuern, Wegebaulasten, Deichlasten, Kanalisationsgebühren, Wassergelder ꝛc.

6) Letztere nur soweit der Käufer sie überhaupt zu tragen hat. S. u. § 218 Ziff. 1.

7) S. o. Bd. I § 70 Ziff. 2.

8) Die Frage, wer nach Außen hin für die Lasten, z. B. öffentliche Lasten, haftet, wird dadurch selbstverständlich nicht berührt.

1) S. o. § 212 Ziff. 2.

2) Soweit es sich nicht um Nebenleistungen handelt, die keinen des Eigenthums fähigen Gegenstand haben. S. § 212 Note 27.

3) Abgesehen von den allgemeinen Gründen des Verzugs oder der Rechtshängigkeit des Anspruchs auf die Kaufgelder (§§ 288, 291 BGB.). S. o. §§ 149, 160, 162.

von dem Zeitpunkt, an welchem ihm die Nutzungen[4]) des Kaufgegenstandes gebühren[5]). § 452[6]). Gleichgültig ist, ob der Verkäufer bereits seine sämmtlichen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag erfüllt hat und demgemäß der Kaufpreis schon fällig ist[7]). Die Zinsen laufen dennoch und sind demnächst mitzubezahlen. Gleichgültig ist auch, ob der Kaufgegenstand von dem erwähnten Zeitpunkt ab dem Käufer wirklich Nutzen brachte oder überhaupt bringen konnte[8]). Befindet sich das Kaufobjekt in Händen eines Dritten, z. B. eines Nutznießers, Miethers ꝛc., der es nach allgemeinen Grundsätzen noch nicht herauszugeben braucht[9]), so besteht die Nutzung in unserem Sinne in dem Entgelt, welches der Dritte zahlt. Da der Käufer auf dieses Anspruch hat[10]), muß er auch den Kaufpreis verzinsen. Soweit der Dritte kein Entgelt schuldet, wird auch keine Verzinsung des Kaufpreises anzunehmen sein[11]). Ist der Kaufpreis gestundet, so tritt die gesetzliche Zinspflicht nicht ein[12]); sie beginnt hier nach Ablauf der Stundungsfrist. § 452 i. f.

2. Im Uebrigen ist Alles zu entrichten, was zum Kaufpreise gehört, also auch die eventuellen *Zuschläge* zum Preise für Verpackung ꝛc.[13]). Ferner die *Kosten der Abnahme* des Kaufgegenstandes und seiner *Versendung* vom Erfüllungs- an den vom Käufer gewünschten Bestimmungsort[14]), da alle diese Dinge den Käufer zunächst oder aus-

4) Dies ist altes Recht. Vgl. l. 13 § 20, 21 Dig. de A. E. V. 19, 1; l. 18 § 1 Dig. de usur. 22, 1; Preuß. A.L.R. I, 11 §§ 109 ff.; Code Nap. Art. 1652; Sächs. GB. § 1095 ꝛc. Käufer soll nicht Sache und Preis zugleich genießen.

5) S. o. § 214. Also von der *Uebergabe* der (beweglichen oder unbeweglichen) Sache, in ihren verschiedenen Formen (als direkte und kurzerhand erfolgende Uebergabe, Besitzkonstitut, Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den dritten Besitzer) bezw. von der *Ueberschreibung des verkauften Grundstücks im Grundbuch* an; ebenso vom *Annahmeverzug* des Käufers ꝛc. (s. o. § 213). Nicht aber beim Versendungskauf schon vom Beginn des Transportes an (arg. § 447 BGB. gegen § 446 Abs. 1).

6) Beim Handelskauf s. noch § 353 HGB.

7) Nach § 320 BGB. — Z. B. er hat das Grundstück aufgelassen aber noch nicht übergeben, oder umgekehrt. In beiden Fällen laufen die Zinsen, wenn auch Kaufpreis und Zinsen erst gegen Bewirkung des noch Fehlenden zu entrichten sind.

8) Z. B. wenn das verkaufte Haus auf den Käufer überschrieben aber noch nicht übergeben ist. Dies ist eine Neuerung.

9) Z. B. wegen der Altersprioritär der Nutznießung. Oder nach dem Satze, daß der Kauf die Miethe nicht bricht (unten §§ 242 ff.) ꝛc.

10) S. o. § 214.

11) *Dernburg* § 176 Ziff. II.

12) Es ist anzunehmen, daß der Bezug der Nutzungen durch den Käufer dann schon bei der Bestimmung des Kaufpreises mit berücksichtigt ist. — Bei *nachträglicher* Stundung ist Auslegungsfrage, ob damit ein Erlaß der Zinspflicht verbunden sein sollte. Im Zweifel ist dies nicht anzunehmen, da Verzichte nicht zu vermuthen sind.

13) S. o. § 212 Ziff. 2 c.

14) S. o. § 212 Ziff. 3 zu Note 53 ff.

schließlich angehen. §§ 448 Abs. 1, 451. Dagegen sind die Kosten der Uebergabe am Erfüllungsort, insbesondere auch die Kosten des Abmessens und Abwägens der Waare wenn letztere sich nach dem Quantum bestimmt und der Preis danach zu ermitteln ist[15]), vom Verkäufer zu tragen, da dies zur vollständigen Leistung des Verkäufers gehört. Ebenso fallen beim Verkaufe eines Rechts die Kosten der Begründung oder Uebertragung des Rechtes dem Verkäufer zur Last. § 448 Abs. 2. Jedoch mit einer weittragenden Ausnahme auf Grund der Verkehrssitte. Danach hat bei Grundstückskäufen der Käufer die gesammten Kosten des Kaufvertrages[16]) und der Uebereignung[17]), also aller erforderlichen Beurkundungen zu tragen[18]). § 449 BGB.[19]).

Abweichende Vereinbarungen über alle diese Punkte sind unter den Parteien zulässig[20]). Soweit andere als Grundstückskäufe beurkundet werden, muß in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung überhaupt die Parteiabrede entscheiden[21]).

3. Nothwendige Verwendungen, welche der Verkäufer nach Abschluß des Kaufgeschäfts noch auf den Gegenstand desselben gemacht hat, muß ihm der Käufer vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen nur ersetzen, wenn sie nach Uebergang der Gefahr auf ihn gemacht sind[22]). Vorherige erscheinen als Korrelat der Nutzungen, die den Verkäufer bis dahin noch zustehen[23]). Verwendungen dagegen, die nach dem Uebergange der Gefahr und bis zur wirklichen Uebergabe nothwendig wurden, sind zu Lasten des Käufers; da sie zufolge der Verpflichtung des Verkäufers gemacht sind, das Kaufobjekt dem Käufer zu erhalten und unversehrt zu liefern[24]).

---

15) S. o. § 212 Ziff. 2b.

16) S. § 313 BGB. u. oben § 211 Ziff. 3 i. f.

17) Nicht der Uebergabe des Grundstücks. In dieser Hinsicht bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften (§ 448 BGB.). Also der Verkäufer hat für die nöthigen Räumungsarbeiten zu sorgen.

18) Dies wird auch auf Stempelkosten und Umsatzsteuer erstreckt.

19) Entsprechend hat bei der Zwangsversteigerung der Ersteher die Kosten des Gerichtsbeschlusses zu tragen, durch den ihm der Zuschlag ertheilt wird. § 58 ZwangsversteigerungsG. v. 24. März 1897.

20) Die Frage, wer nach Außen hin für die Kosten, Steuern u. s. w. haftet, wird dadurch selbstverständlich nicht berührt.

21) Im Zweifel wird gleichmäßige Vertheilung der Kosten unter die Parteien anzunehmen sein.

22) S. §§ 446, 447 BGB. u. oben § 213.

23) S. o. § 214. — Die nothwendigen oder in seinem Interesse liegenden Verwendungen hatte der Käufer nach röm. Recht schon vom Kaufabschluß an zu ersetzen, da er von hier ab regelmäßig auch die Gefahr trug. Vgl. l. 13 § 22 l. 38 § 1 Dig. de A. E. V. 19, 1 u. oben § 213 Note 5.

von dem Zeitpunkt, an welchem ihm die Nutzungen[4]) des Kaufgegenstandes gebühren[5]). § 452[6]). Gleichgültig ist, ob der Verkäufer bereits seine sämmtlichen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag erfüllt hat und demgemäß der Kaufpreis schon fällig ist[7]). Die Zinsen laufen dennoch und sind demnächst mitzubezahlen. Gleichgültig ist auch, ob der Kaufgegenstand von dem erwähnten Zeitpunkt ab dem Käufer wirklich Nutzen brachte oder überhaupt bringen konnte[8]). Befindet sich das Kaufobjekt in Händen eines Dritten, z. B. eines Nutznießers, Miethers ꝛc., der es nach allgemeinen Grundsätzen noch nicht herauszugeben braucht[9]), so besteht die Nutzung in unserem Sinne in dem Entgelt, welches der Dritte zahlt. Da der Käufer auf dieses Anspruch hat[10]), muß er auch den Kaufpreis verzinsen. Soweit der Dritte kein Entgelt schuldet, wird auch keine Verzinsung des Kaufpreises anzunehmen sein[11]). Ist der Kaufpreis gestundet, so tritt die gesetzliche Zinspflicht nicht ein[12]); sie beginnt hier nach Ablauf der Stundungsfrist. § 452 i. f.

2. Im Uebrigen ist Alles zu entrichten, was zum Kaufpreise gehört, also auch die eventuellen *Zuschläge* zum Preise für Verpackung ꝛc.[13]). Ferner die *Kosten der Abnahme* des Kaufgegenstandes und seiner *Versendung* vom Erfüllungs- an den vom Käufer gewünschten Bestimmungsort[14]), da alle diese Dinge den Käufer zunächst oder aus-

4) Dies ist altes Recht. Vgl. l. 13 § 20, 21 Dig. de A. E. V. 19, 1; l. 18 § 1 Dig. de usur. 22, 1; Preuß. A.L.R. I, 11 §§ 109 ff.; Code Nap. Art. 1652; Sächs. GB. § 1095 ꝛc. Käufer soll nicht Sache und Preis zugleich genießen.

5) S. o. § 214. Also von der *Uebergabe* der (beweglichen oder unbeweglichen) Sache, in ihren verschiedenen Formen (als direkte und kurzerhand erfolgende Uebergabe, Besitzkonstitut, Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den dritten Besitzer) bezw. von der *Ueberschreibung des verkauften Grundstücks im Grundbuch* an; ebenso vom *Annahmeverzug* des Käufers ꝛc. (s. o. § 213). Nicht aber beim Versendungskauf schon vom Beginn des Transportes an (arg. § 447 BGB. gegen § 446 Abs. 1).

6) Beim Handelskauf s. noch § 353 HGB.

7) Nach § 320 BGB. — Z. B. er hat das Grundstück aufgelassen aber noch nicht übergeben, oder umgekehrt. In beiden Fällen laufen die Zinsen, wenn auch Kaufpreis und Zinsen erst gegen Bewirkung des noch Fehlenden zu entrichten sind.

8) Z. B. wenn das verkaufte Haus auf den Käufer überschrieben aber noch nicht übergeben ist. Dies ist eine Neuerung.

9) Z. B. wegen der Alterspriorität der Nutznießung. Oder nach dem Satze, daß der Kauf die Miethe nicht bricht (unten §§ 242 ff.) ꝛc.

10) S. o. § 214.

11) Dernburg § 176 Ziff. II.

12) Es ist anzunehmen, daß der Bezug der Nutzungen durch den Käufer dann schon bei der Bestimmung des Kaufpreises mit berücksichtigt ist. — Bei *nachträglicher* Stundung ist Auslegungsfrage, ob damit ein Erlaß der Zinspflicht verbunden sein sollte. Im Zweifel ist dies nicht anzunehmen, da Verzichte nicht zu vermuthen sind.

13) S. o. § 212 Ziff. 2 c.

14) S. o. § 212 Ziff. 3 zu Note 53 ff.

schließlich angehen. §§ 448 Abs. 1, 451. Dagegen sind die Kosten der Uebergabe am Erfüllungsort, insbesondere auch die Kosten des Abmessens und Abwägens der Waare wenn letztere sich nach dem Quantum bestimmt und der Preis danach zu ermitteln ist[15]), vom Verkäufer zu tragen, da dies zur vollständigen Leistung des Verkäufers gehört. Ebenso fallen beim Verkaufe eines Rechts die Kosten der Begründung oder Uebertragung des Rechtes dem Verkäufer zur Last. § 448 Abs. 2. Jedoch mit einer weittragenden Ausnahme auf Grund der Verkehrssitte. Danach hat bei Grundstückskäufen der Käufer die gesammten Kosten des Kaufvertrages[16]) und der Uebereignung[17]), also aller erforderlichen Beurkundungen zu tragen[18]). § 449 BGB.[19]).

Abweichende Vereinbarungen über alle diese Punkte sind unter den Parteien zulässig[20]). Soweit andere als Grundstückskäufe beurkundet werden, muß in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung überhaupt die Parteiabrede entscheiden[21]).

3. Nothwendige Verwendungen, welche der Verkäufer nach Abschluß des Kaufgeschäfts noch auf den Gegenstand desselben gemacht hat, muß ihm der Käufer vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen nur ersetzen, wenn sie nach Uebergang der Gefahr auf ihn gemacht sind[22]). Vorherige erscheinen als Korrelat der Nutzungen, die den Verkäufer bis dahin noch zustehen[23]). Verwendungen dagegen, die nach dem Uebergange der Gefahr und bis zur wirklichen Uebergabe nothwendig wurden, sind zu Lasten des Käufers; da sie zufolge der Verpflichtung des Verkäufers gemacht sind, das Kaufobjekt dem Käufer zu erhalten und unversehrt zu liefern[24]).

---

15) S. o. § 212 Ziff. 2b.

16) S. § 313 BGB. u. oben § 211 Ziff. 3 i. f.

17) Nicht der Uebergabe des Grundstücks. In dieser Hinsicht bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften (§ 448 BGB.). Also der Verkäufer hat für die nöthigen Räumungsarbeiten zu sorgen.

18) Dies wird auch auf Stempelkosten und Umsatzsteuer erstreckt.

19) Entsprechend hat bei der Zwangsversteigerung der Ersteher die Kosten des Gerichtsbeschlusses zu tragen, durch den ihm der Zuschlag ertheilt wird. § 58 ZwangsversteigG. v. 24. März 1897.

20) Die Frage, wer nach Außen hin für die Kosten, Steuern u. s. w. haftet, wird dadurch selbstverständlich nicht berührt.

21) Im Zweifel wird gleichmäßige Vertheilung der Kosten unter die Parteien anzunehmen sein.

22) S. §§ 446, 447 BGB. u. oben § 213.

23) S. o. § 214. — Die nothwendigen oder in seinem Interesse liegenden Verwendungen hatte der Käufer nach röm. Recht schon vom Kaufabschluß an zu ersetzen, da er von hier ab regelmäßig auch die Gefahr trug. Vgl. l. 13 § 22 l. 38 § 1 Dig. de A. E. V. 19, 1 u. oben § 213 Note 5.

bleibt, findet das Geschäft seinen Gegenstand nicht mehr vor[37]). Bei bloßer Verschlechterung läßt sich dies nicht sagen. Nach Ziff. 1 ist die Gefahr übergegangen[38]). Dagegen ist die auflösende Bedingung ihrem Wesen nach als eine aufschiebende hinsichtlich der Rückauflösung des Geschäftes zu behandeln; schließt also den Gefahrübergang auf den Käufer nicht aus[39]).

b) Ist ein Sachinbegriff oder ein ganzes Vermögen (z. B. eine Erbschaft) verkauft[40]), so ist Kaufgegenstand in erster Linie die Gesammtheit, nicht die einzelnen Stücke. Es trägt daher der Käufer schon vom Kaufabschluß[41]) die Gefahr einer Verminderung der Masse[42]). Dagegen trifft ihn der totale Untergang (nach Ziff. 1) erst von der Uebergabe. Vgl. § 2380 BGB.

c) Geräth der Käufer in Annahmeverzug, so trägt er sofort die Gefahr (also schon vor der Uebergabe). §§ 300, 324 Abs. 2 BGB.

d) Bei Gattungskäufen und dem wahlweisen Kauf mehrerer Gegenstände s. die allgemeinen Ausführungen über Gattungs-[43]) und Wahlschulden[44]).

§ 214.

3. Nutzungen und Lasten des Kaufgegenstandes.

1. Das Korrelat der Gefahrtragung ist der Bezug der Nutzungen des Kaufgegenstandes[1]). Diese gebühren also dem Käufer von der Uebergabe (§ 446 Abs. 1); in den besonderen Fällen, in denen die Gefahr schon früher (mit Annahmeverzug, Eintragung des Käufers im Grundbuch) übergeht, von diesem Zeitpunkte an — beim Versendungskaufe jedoch regelmäßig erst von der Uebergabe am Bestimmungsorte ab[2]).

---

37) S. Bd. I § 100 Text u. Note 18. Oertmann § 446 Ziff. 5a. Theilweise a. M. Cosack § 122 II Ziff. 10 u. dazu Dernburg § 174 Note 14.

38) Diese Lösung entspricht dem röm. Recht. L. 8 pr., l. 10 pr. Dig. de peric. 18, 6; l. 10 § 5 Dig. de iure dot. 23, 3. Auch Dernburg § 174 Ziff. V scheint diese Meinung zu theilen.

39) A. M. Cosack a. a. O., Kisch in Grünhut's Ztschr. Bd. 28 S. 260. S. aber Oertmann § 446 Ziff. 5a u. oben Bd. I § 99 Ziff. 2, § 100 II Ziff. 1 u. 2.

40) S. o. § 212 Ziff. 1 zu Note 9.

41) Vorbehaltlich des oben lit. a für den Fall einer Bedingung Gesagten.

42) Er kann dieserhalb keinerlei Abzüge vom Preise machen.

43) Oben § 147 bes. zu Note 29 u. 35 ff.

44) Oben § 153 Noten 8, 10, sowie Ziff. 3 u. 5 daselbst.

1) S. o. § 144 II bes. Ziff. 2.

2) § 446 BGB. im Verhältniß zu § 447; dazu aber auch oben § 144 Note 19 i. f.

Erfolgt der Uebergang inmitten einer Fruchtperiode, so sind die zur Zeit des Uebergangs noch nicht verfallenen Früchte nach Anleitung des § 100 BGB. zwischen den Parteien zu vertheilen[3]).

Ueber Surrogate und Erweiterungen des Kaufgegenstandes s. o. § 144 Ziff. II. Leistungsverzug des Verkäufers begründet für ihn besondere Verpflichtungen (oben § 162).

2. Ein Korrelat der Nutzungen sind anderseits die Lasten des Kaufgegenstandes[4]). Auch diese hat daher der Käufer vom gleichen Zeitpunkt an zu tragen, wie die Gefahr. § 446 Abs. 1. Es kommen sowohl öffentliche Lasten in Betracht, die sich nach Maßgabe des Landesrechts bestimmen[5]), als private (auf privatrechtlichen Titeln beruhende) Lasten[6]).

Erfolgt der Uebergang inmitten einer Lastenperiode, so bestimmt sich die Lastenvertheilung ähnlich wie bei den Früchten. S. § 103 BGB[7]).

3. Abweichende Vereinbarungen sind unter den Parteien zulässig[8]).

C. Verpflichtungen der Parteien.

§ 215.

1. Verpflichtungen des Käufers.

1. Der Käufer hat den bedungenen Kaufpreis[1]) zu bezahlen, d. h. dem Verkäufer zu übergeben und das Eigenthum daran zu verschaffen[2]). § 433 Abs. 2. Den Kaufpreis hat er zu verzinsen[3])

3) S. Bd. I § 70. Also z. B. die zur Zeit des Uebergangs stehenden Feldfrüchte erhält der Käufer. Die zu dieser Zeit laufenden Mieth- und Pachtgelder werden nach Verhältniß der Zeit zwischen Käufer und Verkäufer getheilt. — Für übermäßigen (nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft nicht gerechtfertigten) Fruchtbezug zwischen Kaufabschluß und Uebergabe oder Auflassung hat der Verkäufer Ersatz zu leisten. Arg. §§ 242, 581 BGB. Dernburg § 175 II Ziff. 1.

4) S. o. Bd. I § 69 i. f.

5) Z. B. Grundsteuern, Wegebaulasten, Deichlasten, Kanalisationsgebühren, Wassergelder ꝛc.

6) Letztere nur soweit der Käufer sie überhaupt zu tragen hat. S. u. § 218 Ziff. 1.

7) S. o. Bd. I § 70 Ziff. 2.

8) Die Frage, wer nach Außen hin für die Lasten, z. B. öffentliche Lasten, haftet, wird dadurch selbstverständlich nicht berührt.

1) S. o. § 212 Ziff. 2.

2) Soweit es sich nicht um Nebenleistungen handelt, die keinen des Eigenthums fähigen Gegenstand haben. S. § 212 Note 27.

3) Abgesehen von den allgemeinen Gründen des Verzugs oder der Rechtshängigkeit des Anspruchs auf die Kaufgelder (§§ 288, 291 BGB.). S. o. §§ 149, 160, 162.

von dem Zeitpunkt, an welchem ihm die Nutzungen[4]) des Kaufgegenstandes gebühren[5]). § 452[6]). Gleichgültig ist, ob der Verkäufer bereits seine sämmtlichen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag erfüllt hat und demgemäß der Kaufpreis schon fällig ist[7]). Die Zinsen laufen dennoch und sind demnächst mitzubezahlen. Gleichgültig ist auch, ob der Kaufgegenstand von dem erwähnten Zeitpunkt ab dem Käufer wirklich Nutzen brachte oder überhaupt bringen konnte[8]). Befindet sich das Kaufobjekt in Händen eines Dritten, z. B. eines Nutznießers, Miethers ꝛc., der es nach allgemeinen Grundsätzen noch nicht herauszugeben braucht[9]), so besteht die Nutzung in unserem Sinne in dem Entgelt, welches der Dritte zahlt. Da der Käufer auf dieses Anspruch hat[10]), muß er auch den Kaufpreis verzinsen. Soweit der Dritte kein Entgelt schuldet, wird auch keine Verzinsung des Kaufpreises anzunehmen sein[11]). Ist der Kaufpreis gestundet, so tritt die gesetzliche Zinspflicht nicht ein[12]); sie beginnt hier nach Ablauf der Stundungsfrist. § 452 i. f.

2. Im Uebrigen ist Alles zu entrichten, was zum Kaufpreise gehört, also auch die eventuellen *Zuschläge* zum Preise für Verpackung ꝛc.[13]). Ferner die *Kosten der Abnahme* des Kaufgegenstandes und seiner *Versendung* vom Erfüllungs- an den vom Käufer gewünschten Bestimmungsort[14]), da alle diese Dinge den Käufer zunächst oder aus-

4) Dies ist altes Recht. Vgl. l. 13 § 20, 21 Dig. de A. E. V. 19, 1; l. 18 § 1 Dig. de usur. 22, 1; Preuß. ALR. I, 11 §§ 109 ff.; Code Nap. Art. 1652; Sächs. GB. § 1095 ꝛc. Käufer soll nicht Sache und Preis zugleich genießen.

5) S. o. § 214. Also von der *Uebergabe* der (beweglichen oder unbeweglichen) Sache, in ihren verschiedenen Formen (als direkte und kurzerhand erfolgende Uebergabe, Besitzkonstitut, Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den dritten Besitzer) bezw. von der *Ueberschreibung des verkauften Grundstücks im Grundbuch* an; ebenso vom *Annahmeverzug* des Käufers ꝛc. (s. o. § 213). Nicht aber beim Versendungskauf schon vom Beginn des Transportes an (arg. § 447 BGB. gegen § 446 Abs. 1).

6) Beim Handelskauf s. noch § 353 HGB.

7) Nach § 320 BGB. — Z. B. er hat das Grundstück aufgelassen aber noch nicht übergeben, oder umgekehrt. In beiden Fällen laufen die Zinsen, wenn auch Kaufpreis und Zinsen erst gegen Bewirkung des noch Fehlenden zu entrichten sind.

8) Z. B. wenn das verkaufte Haus auf den Käufer überschrieben aber noch nicht übergeben ist. Dies ist eine Neuerung.

9) Z. B. wegen der Altersspriorität der Nutznießung. Oder nach dem Satze, daß der Kauf die Miethe nicht bricht (unten §§ 242 ff.) ꝛc.

10) S. o. § 214.

11) *Dernburg* § 176 Ziff. II.

12) Es ist anzunehmen, daß der Bezug der Nutzungen durch den Käufer dann schon bei der Bestimmung des Kaufpreises mit berücksichtigt ist. — Bei *nachträglicher* Stundung ist Auslegungsfrage, ob damit ein Erlaß der Zinspflicht verbunden sein sollte. Im Zweifel ist dies nicht anzunehmen, da Verzichte nicht zu vermuthen sind.

13) S. o. § 212 Ziff. 2 c.

14) S. o. § 212 Ziff. 3 zu Note 53 ff.

schließlich angehen. §§ 448 Abs. 1, 451. Dagegen sind die Kosten der Uebergabe am Erfüllungsort, insbesondere auch die Kosten des Abmessens und Abwägens der Waare wenn letztere sich nach dem Quantum bestimmt und der Preis danach zu ermitteln ist[15]), vom Verkäufer zu tragen, da dies zur vollständigen Leistung des Verkäufers gehört. Ebenso fallen beim Verkaufe eines Rechts die Kosten der Begründung oder Uebertragung des Rechtes dem Verkäufer zur Last. § 448 Abs. 2. Jedoch mit einer weittragenden Ausnahme auf Grund der Verkehrssitte. Danach hat bei Grundstückskäufen der Käufer die gesammten Kosten des Kaufvertrages[16]) und der Uebereignung[17]), also aller erforderlichen Beurkundungen zu tragen[18]). § 449 BGB.[19]).

Abweichende Vereinbarungen über alle diese Punkte sind unter den Parteien zulässig[20]). Soweit andere als Grundstückskäufe beurkundet werden, muß in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung überhaupt die Parteiabrede entscheiden[21]).

3. Nothwendige Verwendungen, welche der Verkäufer nach Abschluß des Kaufgeschäfts noch auf den Gegenstand desselben gemacht hat, muß ihm der Käufer vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen nur ersetzen, wenn sie nach Uebergang der Gefahr auf ihn gemacht sind[22]). Vorherige erscheinen als Korrelat der Nutzungen, die den Verkäufer bis dahin noch zustehen[23]). Verwendungen dagegen, die nach dem Uebergange der Gefahr und bis zur wirklichen Uebergabe nothwendig wurden, sind zu Lasten des Käufers; da sie zufolge der Verpflichtung des Verkäufers gemacht sind, das Kaufobjekt dem Käufer zu erhalten und unversehrt zu liefern[24]).

---

15) S. o. § 212 Ziff. 2b.

16) S. § 313 BGB. u. oben § 211 Ziff. 3 i. f.

17) Nicht der Uebergabe des Grundstücks. In dieser Hinsicht bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften (§ 448 BGB.). Also der Verkäufer hat für die nöthigen Räumungsarbeiten zu sorgen.

18) Dies wird auch auf Stempelkosten und Umsatzsteuer erstreckt.

19) Entsprechend hat bei der Zwangsversteigerung der Ersteher die Kosten des Gerichtsbeschlusses zu tragen, durch den ihm der Zuschlag ertheilt wird. § 58 ZwangsverstG. v. 24. März 1897.

20) Die Frage, wer nach Außen hin für die Kosten, Steuern u. s. w. haftet, wird dadurch selbstverständlich nicht berührt.

21) Im Zweifel wird gleichmäßige Vertheilung der Kosten unter die Parteien anzunehmen sein.

22) S. §§ 446, 447 BGB. u. oben § 213.

23) S. o. § 214. — Die nothwendigen oder in seinem Interesse liegenden Verwendungen hatte der Käufer nach röm. Recht schon vom Kaufabschluß an zu ersetzen, da er von hier ab regelmäßig auch die Gefahr trug. Vgl. l. 13 § 22 l. 38 § 1 Dig. de A. E. V. 19, 1 u. oben § 213 Note 5.

Nach §§ 450 Abs. 1 und 451 BGB. ist der Ersatz so zu leisten, wie wenn der Käufer den Verkäufer mit der Verwaltung des Kaufgegenstandes beauftragt hätte. Daraus folgt[25]), daß der Verkäufer für diese Verwendungen geeignetenfalls Vorschuß verlangen kann; auch daß die Nothwendigkeit von seinem subjektiven Standpunkt aus zu beurtheilen ist, da er unter Umständen nicht ahnen kann, was Käufer mit der Sache vorhat[26]).

Alle anderen Verwendungen: nicht nothwendige und solche, die vom Verkäufer erst nach Uebergabe des Kaufgegenstandes gemacht sind, hat der Käufer nur nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag[27]) zu ersetzen, also wenn sie seinem Interesse entsprechen oder von ihm genehmigt sind. §§ 450 Abs. 2, 451 BGB.[28]).

4. Positiv hat (nach § 433 Abs. 2) der Käufer die Verpflichtung, die gekaufte Sache abzunehmen[29]), es sei denn, daß etwas Anderes ausgemacht ist. Er kann also auf die Abnahme verklagt werden[30]) und geräth durch Unterlassung der Abnahme nicht blos in Annahme- sondern in Leistungsverzug[31]). Abnahme ist die thatsächliche Wegnahme resp. Uebernahme der Sache durch den Käufer[32]). Danach bezieht sich die Abnahmepflicht nur auf verkaufte Sachen; auf unbe-

24) S. o. § 157 u. unten §§ 216 ff. über die Verpflichtungen des Verkäufers. Z. B. das verkaufte Thier ist bis zur Uebergabe zu füttern.

25) S. u. § 253 über den Auftrag.

26) Arg. §§ 669, 670 BGB. Z. B. der Verkäufer weiß nicht, daß der Käufer das Haus zum Niederlegen gekauft hat und macht daran noch eine an sich nothwendige Reparatur. Diese kann er nach § 670 ersetzt verlangen. Auch § 665 BGB. kann in Betracht kommen. S. auch Planck § 450 Note 1 d, Dernburg § 176 Ziff. III.

27) S. u. §§ 254 ff.

28) Ueber Verzinsung der Verwendungen und das eventuelle Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers wegen der Verwendungen s. §§ 256, 273 BGB. und oben die betreffenden Materien.

29) S. o. § 163 zu Note 6 ff. Der Verkäufer soll in den Stand gesetzt werden, mit den verkauften Sachen zu räumen und sich auf neue einzurichten. Vgl. Prot. II S. 53 ff. — Selbstverständlich muß die Sache vertragsmäßig sein. Vgl. für Zuvielsendung Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 126. Bei Mangelhaftigkeit der Sache s. u. § 220 Note 4.

30) A. M. Kohler, Archiv f. bürg. Recht Bd. 13 S. 241; Romeick, Fristbestimmung (1901) S. 57 ff. Aber das Gesetz ist klar und unzweideutig. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 26 S. 213. Unser Gesetz ist hier dem preuß. Recht gefolgt.

31) Falls die sonstigen Voraussetzungen der beiden Institute gemäß §§ 161, 163 oben vorliegen (z. B. Angebot — Verschulden)! Liegen sämmtliche Voraussetzungen vor, so kann Verkäufer die Rechte geltend machen, die ihm am günstigsten sind.

32) S. auch Prot. a. a. O. Planck § 433 Note 7; Rosenberg, Verzug des Gläubigers in Ihering's Jahrb. Bd. 43 S. 254 ff. Die Abnahme beweglicher Sachen setzt nach allgemeinen Regeln (§ 269 BGB.) deren Abholung durch den Käufer voraus. Anders beim Versendungskaufe.

wegliche nur soweit als hier den Umständen nach eine besondere Abnahmehandlung erforderlich ist[33]). Bei verkauften Rechten verbietet sich die Abnahme regelmäßig von selbst. Zwar könnte, wenn das Recht auf den Besitz einer Sache Anspruch gibt, möglichenfalls die Abnahme dieser Sache verlangt werden. Doch scheute das Gesetz sich, dem Käufer diese Verpflichtung als eine allgemeine aufzuerlegen[34]).

5. Die Nichterfüllung der hier genannten Verpflichtungen gibt dem Verkäufer die oben §§ 169 ff. besprochenen Rechte. Von diesen interessiren hier hauptsächlich diejenigen beim Leistungsverzug des Käufers[35]). S. § 326 BGB.[36]). Danach kann der Verkäufer

a) Nachholung des Versäumten (Zahlung, Abnahme), Zinsen und das Verzugsinteresse fordern, wogegen er selbst ordnungsmäßig zu liefern hat;

b) er kann aber auch (vorbehaltlich der eventuell[37]) dem Käufer zu gewährenden angemessenen Nachfrist) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wobei der Schaden wie überall nach freiem Ermessen abzuschätzen ist[38]). Der Verkäufer bleibt zur Lieferung des Kaufgegenstandes verpflichtet[39]); was aber selbstverständlich nicht heißt, daß er ihn dem Käufer aufzudrängen brauche, wenn dieser ihn nicht abnimmt. Vielmehr kann er den Gegenstand im Einverständniß des Käufers auch behalten oder ihn gegebenenfalls nach allgemeinen Grundsätzen[40]) im Wege des Selbsthülfeverkaufs versilbern. Behält er

33) Nach § 303 BGB. hat der Verkäufer hier oft gar kein Interesse, eine solche zu fordern, und kann sie solchenfalls nach allgemeinen Grundsätzen auch nicht verlangen.

34) Es wird also hier, ähnlich wie im älteren Recht, noch immer von den Umständen abhängen, ob anzunehmen ist, daß dem Käufer eine solche Verpflichtung obliegt.

35) Wichtig ist auch das Recht des Verkäufers, falls er nicht vorzuleisten hat, einstweilen den Kaufgegenstand zurückzuhalten. §§ 320 ff. BGB. u. oben § 169.

36) S. o. § 171.

37) D. h. falls nicht in Folge des Verzuges das Geschäft für den Verkäufer kein Interesse mehr hat. § 326 Abs. 2 BGB. Bei Handelsfixgeschäften s. o. § 172 Ziff. 3.

38) S. o. § 151. Es kommt darauf an, was der Verkäufer auf Grund der vertragsmäßigen Leistungen des Käufers gehabt haben würde und nun thatsächlich hat. Was letzteres ist, hängt davon ab, ob der Verkäufer seinerseits den Kaufgegenstand noch leisten muß oder nicht, und letzterenfalls welchen Werth er ihm repräsentirt. Darüber s. u. Die Regeln des Handelsrechts für Fixgeschäfte (§ 376 HGB.) sind darauf keineswegs (mit Cosack § 130 Ziff. I) ohne Weiteres übertragbar. Vor derartigen Kommerzialistrungen des bürgerlichen Rechts ist zu warnen! Zustimmend Dernburg § 177 II Ziff. 3 u. 4.

39) S. o. § 171 zu Note 14. Oder er hatte ihn möglicherweise schon geliefert.

40) Nach §§ 164 i. f., 189 oben, wenn der Verkäufer sich auch im Annahmeverzug befindet. Die Vorsichtsmaßregeln der §§ 383—385 BGB. sind zu beachten.

ihn, so kann nicht stets der gewöhnliche Marktwerth des Kaufgegenstandes (in seinem Verhältniß zum Kaufpreis) der Schadensberechnung zu Grunde gelegt werden. Denn häufig würde der Verkäufer sich den Gegenstand überhaupt nicht wieder anschaffen, oder man weiß nicht genau, wann?[41]) Kommt es zum Selbsthülfeverkauf und hat dieser unter Beobachtung der nöthigen Vorsichtsmaßregeln stattgefunden[42]), so kann der Verkäufer den erzielten Mindererlös auf seine Schadensforderung in Ansatz bringen[43]).

c) Schließlich kann der Verkäufer (vorbehaltlich der etwa dem Käufer zu gewährenden Nachfrist) *vom Vertrage zurücktreten*, sodaß er weder selbst etwas erhält[44]) noch seinerseits zu liefern braucht. *Das Rücktrittsrecht fällt jedoch weg, wenn der Verkäufer den Vertrag schon erfüllt und den Kaufpreis gestundet hatte.* § 454 BGB. Es genügt, daß nach dem Vertrage der Verkäufer vorzuleisten hatte. Auch die nachträgliche Gewährung einer Zahlungsfrist[45]), wenn der Verkäufer geleistet hatte, muß hier als Verzicht auf das Rücktrittsrecht gedeutet werden[46]). Solange der Verkäufer nicht *vollständig* erfüllt hat, geht er jedoch des Rücktrittsrechts nach § 454 nicht verlustig[47]).

6. Selbstverständlich haftet der Käufer auch für sonstiges Verschulden. Z. B. für Beschädigungen, die er dem Verkäufer bei der Abnahme zufügt, für prompte Rücksendung der Verpackung (Fässer ꝛc.), falls solche bedungen ist.

---

41) Z. B. das Recht des Verkäufers zum definitiven Behalten entscheidet sich erst später (während beim Handelsfixgeschäft sofort feststeht, daß es zur Lieferung der Kaufsache nicht mehr kommt). Im bürgerlichen Recht muß sich der Gläubiger, falls er den hier in Rede stehenden Weg wählt, zunächst auf die Verpflichtung zur eigenen Nachlieferung gefaßt machen. Für die sog. „abstrakte Schadensberechnung" des Handelsrechts fehlt also die erforderliche Grundlage.

42) S. o. Note 40. Dagegen will *Cosack* § 130 zu Note 7 den Verkäufer von allen Vorsichtsmaßregeln beim Selbsthülfeverkauf entbinden, ohne Schutzmaßregeln für die Gegenpartei. Dies wäre praktisch äußerst gefährlich.

43) Auch durch Aufrechnung. S. o. § 171 Note 8. Dadurch kann eventuell die Hinterlegung des Erlöses vermieden werden.

44) Auch keinen Schadensersatz. S. § 326 BGB. u. oben § 171 Ziff. 2 am Ende. Bestritten ist, ob das Rücktrittsrecht auch wegen *Verzugs der Abnahme* (oben Note 30) zulässig sei. Dagegen *Staub* zu § 374 HGB. N. 143, 145 und *Romeick*, Fristbestimmung S. 57 ff. (letzterer aus dem irrigen Grunde, daß die Abnahme keine Verpflichtung des Käufers sei). Und beim Unterlassen der Spezifikation (s. o. § 146 Note 34) gewährt § 375 HGB. das Rücktrittsrecht ausdrücklich. Der Unterschied, ob ich pure nicht annehme oder mittelst Unterlassung der Spezifikation nicht annehme, ist aber doch nur ein gradueller.

45) Gegen oben Ziff. 1 i. f.

46) So auch *Oertmann* zu § 454. Weil sie sonst nur wenig Sinn hätte.

47) *Oertmann* a. a. O.; *Dernburg* § 177 Note 4 gegen *Planck* § 454 Note 2a. Ebenso bei theilweiser Stundung. — Der Verkäufer kann also das Geleistete nach Anleitung der §§ 346 ff. BGB. zurückfordern.

2. Verpflichtungen des Verkäufers.

§ 216.

a) Ueberhaupt.

Erheblich vielgestaltiger sind die Verpflichtungen des Verkäufers.

1. Die Verpflichtung des Verkäufers geht im Allgemeinen dahin (§ 433 Abs. 1 BGB.),

a) dem Käufer den Kaufgegenstand thatsächlich zu überliefern. Diese Verpflichtung wird insbesondere bei verkauften Sachen praktisch. Dieselben sind dem Käufer zu übergeben mit Allem was dazu gehört[1]). Ist ein Recht verkauft, das zum Besitze einer Sache berechtigt[2]), so ist dem Käufer gleicherweise die betreffende Sache zu übergeben, da der Genuß des Rechtes davon abhängt oder sonst nur ein unvollkommener wäre.

b) Weiter hat der Verkäufer aber auch dem Käufer den Kaufgegenstand rechtlich in sein Vermögen zu bringen: d. h. zu verschaffen[3]). Dazu ist erforderlich bei verkauften Sachen die Verschaffung des Eigenthums; bei verkauften Rechten die Begründung des Rechts in der Person des Käufers, oder die Uebertragung auf ihn, und wenn das Recht auf den Besitz einer Sache Anspruch gibt, die Uebergabe des Besitzes dieser Sache[4]).

Die Pflicht zur Rechtsverschaffung erschöpft sich aber nicht in dem einmaligen Begründungs- oder Uebertragungsakt, sondern umfaßt die Garantie für den Bestand des Eigenthums oder des sonstigen verkauften Rechts, soweit Mängel in Frage kommen, die aus der Person des Verkäufers herrühren oder schon bei ihm vorhanden waren[5]). Diese Mängel zeigen sich oft erst viel später, wenn dritte Personen ihre Rechte gegen den Käufer geltend machen. Für solche Unregelmäßigkeiten hat der Verkäufer einzustehen. Wird dem Käufer durch sie etwas abgezogen, so hat Verkäufer nicht ordnungsmäßig erfüllt[6]). Die Pflicht der Rechtsverschaffung ist nach Inhalt und Folgen zu erörtern[7]).

1) Näheres darüber unten § 217.

2) Z. B. ein Erbbaurecht, Nießbrauch, Wohnungsrecht, eine Forderung, für die ein Faustpfandrecht bestellt ist 2c.

3) In Uebereinstimmung mit dem Preuß. A.L.R. I Tit. 11 § 1, Code Nap. Art. 1582 ff. Wegen des röm. Rechts s. o. § 211 Note 16.

4) Insofern kann die schon unter a erwähnte Uebergabe eine doppelte Funktion haben.

5) Auf Grund des Satzes: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet. S. o. Bd. I § 71 zu Note 12.

6) Geradeso wie wenn diese Mängel von Anfang an hervorgetreten wären.

2. Daneben hat der Verkäufer oft noch sonstige Pflichten. So ist er verpflichtet, die Kosten der Uebergabe einschließlich des Abmessens und Abwägens der Waare zu tragen[8]); ebenso die Kosten der Begründung oder Uebertragung des verkauften Rechts. § 448 BGB. Er ist dem Käufer zur Auskunft[9]) über die rechtlichen Verhältnisse des Kaufobjekts, insbesondere über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten des verkauften Grundstücks verpflichtet[10]), und hat ihm die auf den Kaufgegenstand bezüglichen Beweisurkunden auszuliefern, soweit sie sich in seinem Besitze befinden und sich nicht noch auf andere Angelegenheiten beziehen. Letzterenfalls ist auf Verlangen ein öffentlich beglaubigter Auszug[11]) daraus zu ertheilen[12]). § 444.

Ferner können besondere Verpflichtungen, z. B. auf Versendung der Kaufsache, einstweilige Aufbewahrung 2c., übernommen sein.

3. Wenn der Verkäufer seine Vertragspflichten nicht erfüllt[13]), so hat der Käufer die oben §§ 169 ff. besprochenen Rechte. Also er kann den Kaufpreis bis zur vollständigen Erfüllung seitens des Verkäufers[14]) zurückhalten[15]). §§ 320 ff. BGB. Ist letzterem aus einem von ihm zu vertretenden Umstande die Leistung des Kaufgegenstandes[16]) unmöglich geworden, so hat der Käufer die in § 325, — beim Verzuge des Verkäufers die in § 326 BGB. vorgesehenen Rechte 2c. Auf diese wird in § 440 Abs. 1 BGB. ausdrücklich verwiesen. Gleichwohl werden die Rechte des Käufers in Anwendung auf die Pflichten des Verkäufers zur Uebergabe und Rechtsverschaffung zum Theil noch näher bestimmt[17]).

4. Hat die verkaufte Sache thatsächliche Mängel, so ist dies keineswegs in allen Fällen Nichterfüllung des Vertrags[18]). Es sind daher die Ziff. 3 besprochenen Rechte regelmäßig nicht anwendbar. Vielmehr handelt es sich (da diese Mängel häufig beiden Parteien ver-

7) Man spricht hier von Rechtsgewährleistung des Verkäufers. S. u. § 219.

8) Kraft Gesetzes, also vorbehaltlich etwaiger besonderer Abmachungen. S. o. § 215 Ziff. 2.

9) S. o. Bd. I § 136.

10) Zweifellos (nach den Regeln von Treu und Glauben und der Verkehrssitte) auch über andere den Käufer rechtlich interessirende Dinge, z. B. Bodenbeschaffenheit des Grundstücks 2c. Dernburg § 178 Ziff. III.

11) S. dazu Reichsgesetz über die freiw. Gerichtsbarkeit §§ 129, 167 ff.

12) Eine Verpflichtung zur Vorlegung (im Original) besteht diesenfalls nur nach Bd. I § 137.

13) Ueberhaupt nicht, oder nicht gehörig.

14) S. hierzu oben § 169 Note 10.

15) Abgesehen vom Pränumerationskauf. S. o. § 212 Note 47.

16) Mit Allem was dazu gehört. S. o. § 212.

17) S. u. § 217 Ziff. 4, § 219.

18) S. schon oben § 169 zu Note 13.

borgen blieben und die Vollständigkeit der Leistung an sich nicht zu beanstanden ist) hier vorzugsweise um eine billige Ausgleichung der beiderseitigen Interessen[19]). Das Gesetz sondert daher die Verpflichtung zur Gewährleistung in diesen Fällen auch äußerlich von der bisher besprochenen ab. S. §§ 459 ff. BGB.[20]).

§ 217.

b) Von der Verpflichtung zur Uebergabe.

Die Uebergabe der Kaufsache besteht in der thatsächlichen Uebertragung des Besitzes auf den Käufer[1]). So ohne Weiteres bei Grundstücken. Bei verkauften beweglichen Sachen kombinirt sich mit der Besitzes- die Eigenthumsübertragung[2]), da letztere sich mittelst der ersteren vollzieht[3]). Uebergabe kurzerhand, ebenso eine solche durch Besitzkonstitut oder (falls ein Dritter im Besitz der Sache ist) durch Abtretung des Herausgabeanspruchs wider den Dritten[4]) genügen, falls der Käufer sich damit einverstanden erklärt. Sonstiger Formen bedarf es nicht. Z. B. die Uebergabe eines Grundstücks braucht nicht an Ort und Stelle oder durch Uebergabe von Schlüsseln zu geschehen, wenn der Käufer in der Lage ist, die thatsächliche Gewalt über die Sache zu erlangen[5]). Hier genügt die (sachenrechtliche) Einigung der Parteien über die Besitzübertragung. Letztere wirkt als Erfüllung der betreffenden Kaufverpflichtung[6]). — Ist Kaufgegenstand ein Recht, das zum Besitze einer Sache berechtigt[7]), so ist entsprechend diese Sache zu übergeben (§ 433 Abs. 1). Bei anderen Rechten erschöpft sich die Pflicht des Verkäufers wohl meistens mit der Rechtsverschaffung (§ 218). Doch sind die Beweisurkunden überall zu übergeben. § 444 BGB.[8]).

1. Die Uebergabe gestaltet sich verschieden, je nachdem sie am Erfüllungs- oder am Bestimmungsorte zu geschehen hat[9]). Letzteren-

19) Nicht um eine bloße Voraussetzung (Bd. I § 78 Note 4). S. darüber meine Ausführungen im Archiv f. civ. Praxis Bd. 78 S. 122, 136 ff.
20) S. u. §§ 220 ff.

1) S. §§ 854 ff. BGB. u. unten das Sachenrecht.
2) S. §§ 929 ff. BGB. u. unten § 218.
3) Den entsprechenden Willen (der nach § 218 regelmäßig zu unterstellen) selbstverständlich vorausgesetzt.
4) Also nach §§ 929 Abs. 2, 930, 931 BGB.
5) Also z. B. das Grundstück nicht verschlossen ist.
6) Daher hat auch der Verkäufer im Streitfall die erfolgte Uebergabe zu beweisen.
7) Z. B. ein Erbbaurecht, Nießbrauch, Wohnungsrecht.
8) Nach näherer Maßgabe dieser Bestimmung. S. schon oben § 216 Ziff. 2.
9) S. o. §§ 155 u. 212 Note 49 ff.

falls begreift sie die Versendung in sich (Versendungskauf). Die Versendung hat Verkäufer mit der verkehrsüblichen Sorgfalt[10]) ins Werk zu setzen, d. h. eine geeignete Transportperson dafür auszuwählen und diese mit den erforderlichen Anweisungen zu versehen. Beides nach den ihm selbst ertheilten Anweisungen des Käufers, von denen er nicht ohne Grund abweichen darf[11]). § 447 Abs. 2 BGB. Dagegen steht er für Verschulden der Transportperson nicht ein. Der Verkäufer hat die Versendung nicht selbst zu besorgen[12]).

2. Die Kaufsache ist bis zur Uebergabe von dem Verkäufer mit verkehrsüblicher Sorgfalt aufzubewahren oder zu beaufsichtigen[13]). In dieser Hinsicht gelten die Grundsätze des § 157 oben[14]).

3. Mit der Sache ist selbstverständlich auch das zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandene Zubehör zu übergeben, soweit es im Kaufvertrag nicht ausgeschlossen ist. S. § 314 BGB.[15]).

4. Besonders wichtig ist der Fall, daß der Verkäufer mit der Uebergabe in Verzug geräth[16]). Die Anwendung des § 326 BGB. gestaltet sich hier folgendermaßen.

a) Der Käufer kann auf der Lieferung bestehen und Schadensersatz wegen der Verspätung verlangen. Dieser Schadensersatz bestimmt sich nicht blos nach der Differenz des Kaufpreises und jetzigen Marktwerthes der Sache[17]), sondern umfaßt Alles, was der Käufer in Folge der verspäteten Lieferung verlor (in den allgemeinen Ersatzgrenzen)[18]). Der Käufer bleibt zur Zahlung des Kaufpreises ver-

10) S. o. § 157 Ziff. I.

11) S. o. § 212 zu Noten 55 ff.

12) Sodaß die Transportperson Gehülfe des Verkäufers (oben § 157 Ziff. II) wäre. § 447 BGB. deutet unzweifelhaft darauf hin. — Doch modifizirt sich die Entscheidung, wenn der Verkäufer dennoch die Versendung selbst übernimmt und z. B. durch sein Kind oder seinen Laufburschen oder sonstigen allgemeinen Bediensteten besorgen läßt.

13) Z. B. ein Grundstück. — Ja unter Umständen zu verwalten bezw. richtig zu behandeln. S. dazu noch oben § 215 Ziff. 8 über etwaige Verwendungen auf die Sache.

14) Vgl. noch Fr. Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für Verschuldung (1896).

15) Wegen der Früchte und sonstigen Nutzungen s. o. § 214. Soweit sie danach dem Käufer gebühren, sind sie mit herauszugeben.

16) S. o. §§ 171, 216 Ziff. 3. — Ueber Leistungsverzug des Käufers s. § 215 Ziff. 5.

17) Sog. „abstrakte Schadensberechnung", die allerdings im Handelsrecht häufig vorkommt, da der Kaufgegenstand hier meist nur nach seinem Verkaufswerth (als Handelswaare) in Betracht kommt.

18) S. o. § 151 zu Note 29 ff., § 162 Ziff. 1. Z. B. durch die Entbehrung des Kaufgegenstandes wird der Käufer in seiner Thätigkeit und in seinem Erwerb

pflichtet, und kann darauf eventuell seine Schadensforderung in Anrechnung bringen.

b) Der Käufer kann aber auch (vorbehaltlich der etwa[19]) dem Verkäufer zu gewährenden angemessenen Nachfrist) die Lieferung des Kaufobjekts *ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung* verlangen. Der Schaden berechnet sich nach den Umständen. Z. B. Käufer hat, weil er der Sache dringend bedurfte, die letztere *anderswoher bezogen*[20]: hier wird der Schaden regelmäßig[21]) in dem Mehraufwand gegenüber dem Kaufpreise bestehen, den Käufer zur Erlangung der Sache machen mußte[22]). Hat Käufer sich die Sache *nicht anderswoher beschafft*, so bestimmt sich der Schaden nicht einfach nach der Differenz des Kaufpreises und jetzigen Marktwerthes der Sache[23]); denn letztere nützt vielleicht dem Käufer gar nichts mehr. Sein Schaden ist schon entstanden[24]) und durch den gegenwärtigen Bezug der Sache nicht abzuwenden[25]).

c) Schließlich kann Käufer (vorbehaltlich der dem Verkäufer zu gewährenden Nachfrist) *vom Kaufgeschäft zurücktreten*, sodaß beiderseits keine Leistung erfolgt. Den etwa schon gezahlten Kaufpreis kann der Käufer zurückfordern[26]).

Beim Verzug mit Theilen der Leistung s. o. § 171 Ziff. 3.

---

gehindert. Der Käufer hatte die Sache schon wieder weiter verkauft und kann sie seinem Käufer nun nicht liefern, verfällt dafür in eine Vertragsstrafe u. s. w. — Das zwischenzeitliche Sinken des Preises der Kaufsache kommt nach § 162 Ziff. 4a nur bedingt in Betracht.

19) Falls nicht in Folge des Verzugs das Geschäft für den Käufer kein Interesse mehr hat. § 326 Abs. 2 BGB. Bei Handelsfixgeschäften s. o. § 172 Ziff. 3.

20) Der Käufer hat einen sog. *Deckungskauf* abgeschlossen.

21) Es sei denn, daß er in einer den Umständen nicht entsprechenden Weise zu theuer gekauft hat. Die allgemeine Konjunktur, — aber auch das Bedürfniß des Käufers sind zu berücksichtigen.

22) Dagegen hat er bei einem etwaigen Minderaufwand dem Verkäufer nicht etwa die Differenz herauszuzahlen!

23) Die sog. „abstrakte Schadensberechnung" spielt aber im Handelsrecht, namentlich bei Handelsfixgeschäften (§ 376 HGB.) eine große Rolle. S. o. Note 17.

24) Auch hier hält sich die Ersatzpflicht innerhalb der allgemeinen Grenzen. S. o. § 151 zu Note 29 ff. u. Cit.

25) Wegen Aufrechnung der Ersatzsumme auf den Kaufpreis s. o. § 171 Note 14.

26) Nach §§ 326, 327, 346 ff. BGB.

c) Von der Verpflichtung zur Rechtsverschaffung.

§ 218.

α. Inhalt.

1. Die Rechtsverschaffung besteht bei verkauften Sachen in der Verschaffung des Eigenthums. Es ist also das verkaufte Grundstück dem Käufer aufzulassen[1]), die verkaufte bewegliche Sache dem Käufer durch Uebergabe[2]) oder einen gleichgeltenden Akt[3]) zu übereignen[4]). Verkaufte Rechte sind, wenn sie als bereits beim Verkäufer bestehende verkauft sind, dem Käufer abzutreten[5]). Andernfalls[6]) hat der Verkäufer sie in der Person des Käufers zu begründen[7]) resp. Alles zu thun, was dazu von seiner Seite gehört[8]). Vgl. § 433 Abs. 1 BGB.

a) Dem Käufer ist das verschaffte Recht lastenfrei zu verschaffen, d. h. frei von Rechten Dritter, die gegen den Käufer geltend gemacht werden können. § 434. Solche Lasten, wenn sie im Vertrage nicht berücksichtigt waren[9]), stellen nicht nur einen theilweisen Rechtsmangel dar, welcher dem Inhalt des Kaufgeschäftes widerspricht, sondern die Lasten können unter Umständen den völligen Verlust des Gegenstandes für den Käufer, also eine völlige Entwährung nach sich ziehen[10]).

1) S. § 925 BGB. u. unten das Sachenrecht.
2) S. o. § 217 bes. Note 2.
3) S. §§ 929—931 BGB. und die Lehre von der Eigenthumsübertragung an Mobilien.
4) Wegen Vorbehalt des Eigenthums bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises s. o. § 212 am Ende.
5) Z. B. Forderungsrechte, Immaterialgüterrechte ꝛc. nach §§ 398, 413 BGB. S. schon oben §§ 198 ff.
6) Bei zu bestellenden Rechten. Mag der Verkäufer dazu die Befugniß haben oder nicht. Bei der Rechtsgewährleistung ist stets mit dem Fall zu rechnen, daß Verkäufer die betreffenden Rechte nicht wirklich besitzt.
7) Z. B. einen Nießbrauch, eine Grunddienstbarkeit ꝛc. aus dem Eigenthum an einer Sache.
8) Dies ist bei den einzelnen verkauften Rechten aus deren Natur zu beantworten. Manchmal genügt einfacher Vertrag. Bei Rechten an Grundstücken muß nach §§ 873 ff. Eintragung im Grundbuch hinzukommen. Bei Rechten an beweglichen Sachen ist unter Umständen die Sache zu übergeben.
9) Ist dies der Fall, so sollte der Käufer natürlich nicht mehr Rechte empfangen, als ihm verschafft sind, und kann sich demgemäß über den Mangel nicht beschweren. — Wegen bloßer Kenntniß der Mängel s. u. Ziff. 4.
10) Z. B. durch Pfandverkauf der Sache. — Im röm. Recht wurde (nicht konsequent) zwar für Entwährung durch Pfandklage (l. 34 § 2, l. 35, 63 § 1 Dig. de evict. 21, 2) oder eine gegen Dritte durchführbare persönliche Klage (vgl. l. 34 § 1, 39 pr., 66 § 1 l. cit.) gehaftet; nicht aber für die Freiheit von Grunddienstbarkeiten ꝛc., es sei denn, daß sie arglistig verschwiegen oder deren Abwesenheit besonders zugesagt war (s. l. 59 Dig. de contr. emt. 18, 1; l. 75 Dig. de evict. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 174).

Gleichgültig ist die Art des beschränkenden Rechts, wenn es nur gegen den Käufer geltend gemacht werden kann. In Betracht kommen nicht blos dingliche Rechte am Kaufgegenstande[11]), sondern auch z. B. Miethe und Pacht, sofern sie gegen den Käufer der Sache wirken[12]). Doch sind nur privatrechtliche Lasten gemeint. Oeffentliche Lasten und Abgaben, welche vom Kaufgegenstande zu entrichten sind, muß der Käufer selbst tragen[13]). Arg. § 436 BGB.[14]). Sie gelten als allgemein bekannt, und Jeder muß sich beim Kaufabschluß auf ihre Bezahlung einrichten. Die in Betracht kommenden Lasten dieser Art bestimmt das Landesrecht[15]), und zwar dasjenige am Ort der belegenen Sache[16]). Ist für eine öffentliche Grundlast ausnahmsweise die Eintragung im Grundbuch vorgeschrieben, so ist sie nach § 436 wie eine privatrechtliche zu behandeln[17]).

b) Auch nicht bestehende aber fälschlich im Grundbuch oder Schiffsregister auf das Kaufobjekt eingetragene Lasten[18]) muß der Verkäufer auf seine Kosten löschen lassen, wenn sie im Fall ihres Bestehens das Recht des Käufers beeinträchtigen würden. § 435[19]).

2. Der Verkäufer eines Rechts, insbesondere einer Forderung, haftet für den Bestand des Rechts[20]), so wie es verkauft ist. Zwar kann das Recht auch als ein zweifelhaftes verkauft sein[21]), oder der

---

11) Z. B. Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten und die in § 439 Abs. 2 genannten Rechte (s. u. Ziff. 4).

12) S. darüber unten §§ 242 ff.

13) Von dem in § 214 Ziff. 2 bestimmten Zeitpunkte ab. Für Rückstände aus früherer Zeit hat der Verkäufer aufzukommen.

14) Dort ist zwar nur von Grundstückskäufen und öffentlichen Lasten die Rede, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind. Aber das Prinzip ist zu verallgemeinern. Sonst müßte z. B. der Verkäufer von Thieren noch die Hunde- und Pferdesteuer weiter bezahlen!

15) Da es in Sachen des öffentlichen Rechts maßgebend bleibt.

16) Vgl. o. Bd. I § 26 Ziff. 2, §§ 27 u. 28 Ziff. 6.

17) Entweder ist alsdann ihre öffentlichrechtliche Natur zweifelhaft oder die Last ist nicht so bekannt, daß man sie als der Eintragung im Grundbuch nicht bedürftig ansah. Dann kann das Textprinzip nicht für sie gelten. S. dazu noch preuß. AG. zur GrundbO. Art. 11.

18) Z. B. die Last bestand früher und steht im Grundbuche noch eingetragen.

19) Die Bewirkung der Löschung wäre dem Käufer unter Umständen sehr erschwert. S. Motive Bd. 2 S. 222. Außerdem ist die aus der Eintragung hervorgehende Vermuthung für das Recht (§ 891 BGB.) dem Käufer nachtheilig.

20) Dies ist mit dem sub Ziff. 1 Gesagten nicht identisch. Z. B. eine verkaufte Forderung kann zweifelhaft sein. Das Gläubigerrecht ist dem Käufer rite verschafft, aber der Inhalt des Rechts stellt sich als anders heraus, wie beim Verkaufe angenommen wurde. — Unrichtig subsumirte die ältere Lehre die hier besprochenen Fälle unter die Abtretung (Cession). S. schon oben § 200 zu Note 3 ff.

21) Eine derartige Parteiabsicht kann sich auch aus den Umständen ergeben. — Jedenfalls hat bei derartigem Verkaufe der Verkäufer die Garantie für den Bestand des Rechtes abgelehnt. S. § 443 BGB. u. unten § 219 Ziff. 5.

Käufer beim Vertragsabschluß die Zweifelhaftigkeit gekannt haben[22]); dann haftet der Verkäufer nicht für den Bestand. Aber dies ist nicht die Regel. In der Mehrzahl der Fälle wird das Recht als ein nach Inhalt und Umfang bestimmtes verkauft, und darin liegt die Garantie des Verkäufers, daß es im bezeichneten Umfang bestehe[23]). § 437 Abs. 1. Darin liegt:

a) Der Verkäufer haftet dafür, daß das verkaufte Recht existirt, d. h. daß es nicht nichtig oder schon wieder erloschen ist. Ebenso daß keine Einreden gegen die betreffenden Rechtsansprüche begründet sind (mag es sich um ausschließende oder aufschiebende Einreden handeln). Endlich dafür, daß keine sonstigen Gegenrechte das verkaufte Recht in seinem Bestande alteriren: insbesondere kein Anfechtungsrecht des Verpflichteten und keine Aufrechnung[24]). Hier kommt nicht schon die bloße Existenz des Gegenrechts, sondern erst dessen Geltendmachung in Betracht[25]), mag letztere auch erst nach dem Verkauf bezw. der Abtretung des Rechts erfolgen. Das Gegenrecht muß aber schon zur Zeit des Kaufabschlusses begründet gewesen sein[26]).

b) Ist die Forderung in einem Werthpapier verbrieft[27]), so haftet der Verkäufer auch dafür, daß das Papier nicht schon zur Zeit des Kaufs zum Zweck der Kraftloserklärung öffentlich aufgeboten ist[28]). § 437 Abs. 2[29]).

22) Auch dann haftet der Verkäufer nicht. S. § 439 Abs. 1 BGB. u. unten Ziff. 4.

23) Nicht kann man sagen, daß, wenn es nicht mit diesem Inhalt und Umfang besteht, das Kaufgeschäft dann soweit gegenstandslos sei. Daraus würde folgen, daß der Kauf zusammenfiele und nur der Kaufpreis einzubehalten oder zurückzugeben bezw. das negative Vertragsinteresse zu ersetzen sei, während nach dem im Text Gesagten volle Gewährleistung eintritt. Schon gemeinrechtlich wurde die Haftung des „Cedenten" (richtig des Verkäufers) für nomen verum d. i. den Bestand der Forderung im vollen Umfang angenommen. S. Entsch. d. RG. Bd. 8 S. 107 u. Cit.

24) S. o. Bd. I § 34 bes. Note 2, und über die Wirkung der Anfechtung und Aufrechnung daselbst § 80 und hier oben § 198. Inwieweit dem Käufer als Cessionar gegenüber aufgerechnet werden kann, ist oben § 200 erörtert.

25) Durch entsprechende Erklärung des Berechtigten. Die allgemeine Behauptung Hellwig's (Anspruch u. Klagrecht S. 20), daß die Kompensabilität einen rechtlichen Mangel der verkauften Forderung bilde, ist nicht haltbar: denn welcher Gläubiger ist nicht der Kompensation ausgesetzt?

26) S. noch unten Ziff. 3 über den rechtlich erheblichen Zeitpunkt der „Mängel im Rechte".

27) S. o. Bd. I § 63 bes. Ziff. II.

28) S. § 63 a. a. O. am Ende. Ferner § 799 BGB. u. unten § 312. Zwar wäre der Käufer möglicherweise in der Lage, die Kraftloserklärung abzuwenden, aber die dazu erforderliche Mühe und Aufwendungen sind ihm nicht zuzumuthen. Das Papier ist mit einem Mangel behaftet.

29) Es genügt die erste öffentliche Bekanntmachung im gerichtlichen Aufgebotsverfahren, nicht ist nothwendig der Eintritt der Zahlungssperre. Wegen

c) Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Anspruchs haftet nur für den rechtlichen Bestand des Kaufobjekts, nicht auch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners[30]). Doch kann der Verkäufer eine solche Haftung übernehmen. Wenn dies geschieht, so ist die Haftung im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Abtretung des Anspruchs[31]), nicht auf spätere Zeiten zu beziehen[32]). § 438 BGB.

3. Der hervortretende Rechtsmangel — die (völlige oder theilweise) Entwährung des Kaufobjekts — muß

a) auf einer Ursache beruhen, welche zur Zeit des Kaufabschlusses schon vorhanden war. Z. B. für eine spätere Enteignung der Kaufsache haftet der Verkäufer nicht[33]), wohl aber für eine spätere Anfechtung oder Tilgung der verkauften Forderung durch Aufrechnung, wenn die Anfechtbarkeit oder Aufrechenbarkeit schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden war[34]).

Solange jedoch der Käufer die Gefahr noch nicht trägt, kann er selbstverständlich auch wegen eines dem Kaufabschlusse nachfolgenden Ereignisses von dem Geschäfte abgehen[35]).

b) Dem steht der Fall gleich, wenn die Entwährung auf späteren Handlungen des Verkäufers selbst beruht. Hat letzterer

---

letzterer haftet, da sie ein Veräußerungsverbot enthält, der Verkäufer schon nach § 434 BGB.

30) Er haftet für nomen verum, aber nicht für nomen bonum. Vgl. l. 4 Dig. de her. vel. act. vend. 18, 4; Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 431; Code Nap. Art. 1695.

31) S. o. §§ 197 ff. — Nicht des Kaufabschlusses! Doch geht beides, wie wir sahen, hier häufig Hand in Hand.

32) Auslegungsregel. Das Gegentheil (bis zu einer vollständigen Bürgschaft für den Schuldner) kann bedungen sein. Dann ist eventuell Schriftlichkeit des Garantieversprechens erforderlich (arg. § 766 BGB.). Es kommt darauf an, ob ein oder zwei Geschäfte vorliegen; im Uebrigen auf die spezielle Art der Garantie (s. u. §§ 295 ff., 300). — Auf der anderen Seite wird eine Haftung für Arglist des Verkäufers (wenn er die Werthlosigkeit der Forderung kennt und dem Käufer verhehlt) durch § 438 BGB. niemals ausgeschlossen. S. auch Oertmann zu § 438.

33) Ebensowenig für den Untergang der verkauften Forderung nach dem Kaufabschluß, aber vor der Abtretung desselben, falls nicht der Untergang auf einem der bei lit. b hervorgehobenen Umstände beruht.

34) S. o. Ziff. 2a. Nach demselben Prinzip rechtfertigt sich die Entscheidung folgenden historischen Rechtsfalls: Der König von Westphalen verschenkte das Gut Immichenhain an den Grafen von Fürstenstein; dieser verkaufte es an den Baron Boucheporn. Nach Vertreibung der Fremdherrschaft zog der Kurfürst von Hessen das Gut wieder ein. Der Gewährleistungsanspruch des Käufers wider seinen Verkäufer wurde für begründet erklärt. Die Ursache jener Regierungsmaßregel war zur Zeit des Kaufes schon vorhanden gewesen.

35) S. o. § 213 und §§ 323 ff. BGB. Dies ist aber keine Frage der Gewährleistung.

dem Käufer das verkaufte Recht zu verschaffen, so versteht sich, daß er selbst weder unmittelbar[36]) noch mittelbar[37]) eine Störung desselben veranlassen darf[38]).

Gleichgültig ist in allen diesen Fällen, ob ein Verschulden des Verkäufers vorliegt[39]). Daher haftet er z. B. auch, wenn er eine gestohlene Sache verkaufte, gleichgültig ob sein Irrthum entschuldbar war; und für eigene Störung hat er unbedingt einzustehen[40]).

4. Dagegen fällt jede Verantwortlichkeit des Verkäufers hinweg, wenn der Rechtsmangel dem Käufer zur Zeit des Vertragsabschlusses bekannt war[41]). § 439 Abs. 1. Für eine spätere Erkenntniß[42]) oder die bloße Erkennbarkeit des Rechtsmangels zur Zeit des Kaufabschlusses gilt dies nicht. Denn der Verkäufer ist über die rechtlichen Verhältnisse des Kaufobjekts zur Auskunft verpflichtet[43]). Kennt aber der Käufer den Rechtsmangel positiv[44]), so kann er sich nicht einmal auf arglistiges Verschweigen des Verkäufers berufen, weil die Arglist ihm nach Lage der Sache keinen Schaden brachte.

Anderseits wird die Kenntniß des Käufers von Pfandlasten des Kaufgegenstandes[45]) ausdrücklich für unerheblich erklärt. § 439 Abs. 2. Es gilt als selbstverständlich, daß der Verkäufer diese Lasten zu beseitigen habe[46]). — In anderen Fällen kann wenigstens die beiderseitige Kenntniß der Rechtsmängel den gleichen Sinn haben[47]).

---

36) Z. B. nach Verkauf aber vor Abtretung der Forderung nimmt der Verkäufer noch Zahlung auf die Forderung an oder erläßt sie.

37) Daher haftet er z. B. auf Gewährleistung, wenn er nach dem Verkauf eine Enteignung des verkauften Grundstücks zu seinen Gunsten erwirkte.

38) S. über den Inhalt der Gewährleistungspflicht unten § 219.

39) Die Gewährleistungspflicht ist in diesem Sinne eine absolute. Die betreffenden Umstände sind vom Verkäufer nach dem Sprachgebrauch des § 275 BGB. zu vertreten.

40) S. z. B. den Fall der Note 36 u. 37.

41) Diese Kenntniß hat der Verkäufer zu beweisen, um seine Haftpflicht abzulehnen.

42) Sie hatte auf die Kaufbedingungen keinen Einfluß mehr. Insbesondere ist gleichgültig die Kenntniß zur Zeit der Uebereignung oder Abtretung des verkauften Rechts.

43) S. § 444 BGB. Der Käufer braucht keine besonderen Erkundigungen einzuziehen. Dagegen fällt es ihm zur Last, wenn er die vom Verkäufer gegebene Auskunft ignorirt, z. B. die übermittelten Urkunden nicht liest. Aber zum Grundbuchamt braucht sich der Käufer nicht zu begeben, um sich die Kenntniß der eventuellen Belastungen des Kaufgrundstücks zu verschaffen.

44) Ein solches Kennen ist auch dann vorhanden, wenn bewußtermaßen sog. zweifelhafte Forderungen verkauft sind. S. o. Ziff. 2 Note 22.

45) Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden, einschließlich der Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines dieser Rechte, sowie Mobiliarpfandrechte. Einschließlich auch der rückständigen Leistungen aus diesen Rechten.

46) Falls sie nicht auf den Kaufpreis übernommen sind.

5. Geräth der Verkäufer mit den zur Rechtsverschaffung zunächst erforderlichen Handlungen in Verzug, so gelten entsprechend dieselben Regeln wie beim Verzug der Uebergabe[48]). Arg. §§ 326, 440 Abs. 1 BGB.

§ 219.

β. Fortsetzung. Rechtsgewährleistung des Verkäufers.

Weitere Regeln sind durch die Möglichkeit bedingt, daß die Nicht- oder nicht gehörige Erfüllung der Rechtsverschaffungspflicht von Seiten des Verkäufers erst nachträglich hervortritt. Derselbe hat formell gültig übereignet oder abgetreten ꝛc. Erst nachträglich stellt sich heraus, daß er Nichteigenthümer der verkauften Sache oder letztere belastet war, oder daß die abgetretene Forderung nicht bestand.

In dieser Hinsicht erschöpft sich die Verpflichtung des Verkäufers keineswegs darin, dem Käufer Schadensersatz zu leisten, wenn diesem das Kaufobjekt in Folge des Rechtsmangels von einem Dritten ganz oder theilweise[1]) abgestritten ist, oder der Drittschuldner seine Befreiung erstritten hat[2]). Denn der Verkäufer hat seiner Verpflichtung zur Rechtsverschaffung schon dann nicht genügt, sobald sich herausstellt, daß an dem verkauften Rechte etwas fehlt. Anderseits

47) Aber auch nicht. Z. B. es kann ein gegen die guten Sitten verstoßender und darum nichtiger Kauf vorliegen (so, wenn der Hehler wissentlich dem Dieb die gestohlenen Sachen abkauft). — Ueber einen Verzicht des Käufers auf Gewährleistung s. u. § 219 Ziff. 5.

48) S. o. § 217 Ziff. 4. Fällt doch bei Mobilien, wie wir sahen, der Akt der Uebergabe und Rechtsverschaffung regelmäßig zusammen. Entsprechend ist der Fall zu behandeln, da der Verkäufer z. B. die von seiner Seite erforderlichen Auflassungserklärungen, die Beseitigung der auf die Kaufsache eingetragenen Pfandlasten, die Löschung anderer nicht mehr bestehender Rechte (§§ 435, 439 Abs. 2) unterläßt.

1) Einschließlich des Falles, daß beschränkende Rechte Dritter (Lasten) als darauf ruhend dargethan werden.

2) In dieser Beschränkung hielt sich die Gewährleistungspflicht des Verkäufers im röm. Recht. Vgl. tit. Dig. 21, 2 und Cod. 8, 45 de evictionibus. Der Verkäufer haftete für Eviktion, d. h. für das rechtliche Abstreiten des Kaufgegenstandes durch einen Dritten auf Grund seines besseren Rechts. Diese Haftung trat erst nach durchgeführter Abstreitung des Kaufgegenstandes ein und ging auf Schadensersatz (das volle Interesse). Voraussetzung war ferner, daß der Käufer im Abstreitungsprozeß seinem Verkäufer den Streit verkündet hatte (im Sinne des § 73 CPO.): weil der Verkäufer, der über die rechtlichen Verhältnisse des Kaufobjekts regelmäßig besser unterrichtet ist als der Käufer, sonst einwenden konnte, daß es unter seinem Beistand gar nicht zur Eviktion gekommen wäre. — Alles dies erklärt sich aus dem röm. Fundamentalsatze des Kaufs, wonach dem Käufer nicht das Vollrecht an dem verkauften Gegenstande, sondern nur das habere licere zu gewähren war (s. o. § 211 Ziff. 3 Note 16). Ob dieses — das dauernde Behalten und Genießenkönnen — wirklich gewährt war, mußte in der That der Erfolg lehren!

wäre es unzweckmäßig, den Käufer alsdann in seiner unsicheren Lage zu belassen, bis sich entscheidet, ob die beschränkenden Rechte geltend gemacht werden. Vielmehr hat der Verkäufer *nicht oder nicht ordnungsmäßig erfüllt*, und die Rechte des Käufers gegen ihn sind daher grundsätzlich dieselben wie bei sonstiger vollständiger oder theilweiser Nichterfüllung[3]). § 440 Abs. 1 BGB.

Im Einzelnen ergibt sich

1. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers kann nur in Anspruch genommen werden, wenn dem Käufer *wirklich Gefahr droht*, das Kaufobjekt infolge eines Mangels im Rechte des Verkäufers zu *verlieren*, oder es nur *unter Beschränkungen*[4]) oder mittelst *besonderer Aufopferungen*[5]) zu behalten. Ob diese Gefahr vorliegt, ergibt sich nicht etwa aus der Geneigtheit Dritter, mit ihren Ansprüchen auf das Kaufobjekt hervorzutreten, sondern aus der rechtlichen Natur der Sachlage. Es handelt sich darum, ob der vorhandene Rechtsmangel des Verkäufers nach dem Satze: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet *auf den Käufer fortwirkt*[6]). Wo dies nicht der Fall ist, vielmehr auf Grund des guten Glaubens im Verkehr 2c. Rechte von einem Nichtberechtigten erworben werden können[7]), schadet dem Verkäufer sein Rechtsmangel gegenüber dem Käufer nicht, weil letzterem auf Grund des Mangels nichts abgezogen wird. Für die Rechtsordnung gilt gleich, *warum* er keinen Schaden leidet[8]).

Droht die Entwährungsgefahr in Wirklichkeit, so fällt die Gewährleistungspflicht des Verkäufers *auch nicht deshalb hinweg, weil das Kaufobjekt vor Eintritt der Entwährung zufällig zu*

3) S. o. §§ 169 ff., 216 Ziff. 3.

4) Wenn der Kaufgegenstand mit Rechten Dritter belastet ist 2c.

5) Z. B. durch *Auskauf* der betreffenden Rechte Dritter. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers besteht aber auch, wenn Käufer den Dritten *beerbt* oder *von ihm beerbt wird*. Denn hier bedurfte es des Kaufs nicht, um den Gegenstand zu erlangen. Der Kaufpreis ist fruchtlos ausgegeben. Ebenso muß man entscheiden, wenn der Dritte dem Käufer den Gegenstand schenkt oder vermacht. S. über Alles dies schon l. 29 pr., l. 41 pr. § 1 Dig. de evict. 21, 2; l. 13 § 15 Dig. de A. E. V. 19, 1. Ebenso § 440 Abs. 3 BGB., der einen keineswegs blos auf bewegliche Sachen zu beschränkenden Grundsatz enthält.

6) S. darüber im Allgemeinen oben Bd. I § 71 Ziff. 4b. Ueber die Fälle der möglichen Rechtsableitung von einem Nichtberechtigten s. daselbst Note 13.

7) Vor Allem durch Auflassung gemäß § 892; durch Uebergabe gemäß §§ 932 ff. BGB. an den gutgläubigen Käufer, soweit die Kaufsache nicht gestohlen oder verloren ist. Hier kommt es auf den guten Glauben zur Zeit der *Auflassung* oder *Uebergabe* an. Der gute Glaube zur Zeit des Kaufabschlusses genügt nicht! Näheres darüber im Sachenrecht.

8) Eine andere Frage ist, inwiefern sich der *Dritte* (der hier also sein Recht gegenüber dem Käufer *verliert*) auf Ausgleichung an den Verkäufer halten kann. S. §§ 812 ff., 823 ff. Dies ist keine Frage der Gewährleistung.

Grunde geht, selbst wenn der Käufer schon die Gefahr trug. Denn die Gefahrtragung bedeutet kein Einstehen für Umstände, die der Verkäufer zu vertreten hat[9]). Auf der anderen Seite ist zuzusehen, ob der Käufer mit Rücksicht auf die Zeit des Untergangs überhaupt noch Schaden leidet[10]).

2. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers kann schon dann in Anspruch genommen werden, sobald dem Käufer die sub Ziff. 1 erwähnte Gefahr droht, also sobald die Rechtsmängel hervortreten. Eine Geltendmachung der Rechte Dritter braucht der Käufer nicht abzuwarten.

Daraus ergibt sich auch der nächste Inhalt der Verpflichtung. Sie geht keineswegs blos auf Schadensersatz[11]), sondern in erster Linie auf Vermeidung der Beschädigung, also auf entsprechende Nachholung der Erfüllung. Was dazu gehört, kann im Einzelfalle verschieden sein[12]). Das Verlangen ordnet sich dem bekannten dreifachen Wahlrecht des Käufers bei Nichterfüllung[13]) als „erste Alternative" zwanglos ein. Selbstredend hat der Käufer auch das Recht, den Kaufpreis, sofern er nicht schon bezahlt oder im Voraus zu entrichten ist, einzubehalten: und zwar im ganzen (oben § 169 bezeichneten) Umfang[14]). Arg. § 320 BGB.

---

9) So o. §§ 168, 213, 218 Ziff. 3. Vgl. Cosack § 125 Ziff. V. Das gestohlene Bild wird vom Diebe verkauft und verbrennt nach der Uebergabe beim gutgläubigen Käufer. Der Dieb ist auch jetzt noch nach Entdeckung des Diebstahls dem Käufer zur Gewährleistung verpflichtet. Dagegen ist abzulehnen die weiter gemachte Ausnahme. Danach soll für den unterschlagenen Pelz, welcher an den gutgläubigen Käufer versendet wird und auf dem Transporte verloren geht, keine Gewährleistung stattfinden, vielmehr der Kaufpreis zu zahlen sein. Denn wenn der Pelz nicht verloren gegangen wäre, würde der Käufer (nach § 932 BGB.) das Eigenthum daran erworben haben! Diese Entscheidung verletzt das Rechtsgefühl. Wir werden sagen müssen: Der Käufer hat in Wirklichkeit den Besitz nie erlangt, ist also immer der Entwährungsgefahr ausgesetzt geblieben. Nach dem Kausalitätsgesetz (oben Bd. I § 108 zu Note 6) kommt es nicht darauf an, was einmal hätte sein können, sondern was wirklich ist. Die Eviktionsgefahr bestand in beiden Fällen, als die Sache unterging. Beide Fälle sind daher übereinstimmend zu entscheiden.

10) Ist dies nicht der Fall, so ist geradeso zu entscheiden, wie wenn der Käufer z. B. durch das Hand-wahre-Handprinzip das Vollrecht erlangt hätte. Die Gewährleistungsfrage wird, wenn sie nicht zur Erledigung kommt, dadurch schließlich einmal abgethan. Z. B. Jemand kauft ein Thier, nutzt es bis zu dessen natürlichem Tode und erhebt dann Gewährleistungsansprüche, weil es dem Verkäufer nicht gehört hatte. Dies ist unzulässig. So auch Dernburg § 181 Note 5.

11) Wie im röm. Recht. S. o. Note 2.

12) S. u. Ziff. 3 lit. a.

13) S. o. §§ 169 ff., 217 Ziff. 4. Oft handelt es sich nur um eine theilweise Nichterfüllung, deren Folgen schon an den cit. Stellen vorgesehen sind.

14) S. daselbst insbesondere bei Note 10 u. 35.

3. Im Uebrigen gilt:

a) Der Käufer kann auf *Nachholung der Erfüllung* bestehen soweit diese noch möglich ist, und daneben *Schadensersatz* verlangen[15]). Die Nachholung besteht in nachträglicher Rechtsverschaffung, z. B. Abkauf der Rechte des Dritten[16]). Anderseits kann der Verkäufer auch die prozessualische Vertheidigung des Käufers in dessen Rechtsstreit mit dem Dritten übernehmen[17]) und auf diesem Wege die Entwährungsgefahr beseitigen[18]).

b) Der Käufer kann aber auch (vorbehaltlich der eventuell[19]) dem Verkäufer zu gewährenden Nachfrist) die *Nachholung ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen*. Hierzu ist zu bemerken.

α. Von diesem Anspruch kann nur dann die Rede sein, wenn dem Käufer aus der Nichterfüllung ein Schaden entstanden ist[20]). Daraus folgt: Ist beim Verkaufe eines *Grundstücks*, welches dem Käufer übergeben worden war, der letztere *im ungestörten Besitz und Genuß des Grundstücks verblieben*, so erleidet er insoweit gar keinen Schaden. Sein Schaden besteht in der etwaigen Unmöglichkeit, das Grundstück weiter zu veräußern, oder in rechtlicher Beunruhigung durch Dritte. Verlangt er nun dieserhalb Ersatz[21]), so ist die Sache damit keineswegs erledigt, denn die betreffenden Nachtheile werden *immer von Neuem* entstehen. Die definitive Erledigung der Sache setzt entweder voraus, daß dem Käufer das volle Recht verschafft wird[22]) oder daß er *das Grundstück gegen vollen Ersatz zurückgibt*[23]).

---

15) Z. B. für die Kosten des Rechtsstreits mit dem Dritten ꝛc. Im Uebrigen ist wegen des Schadensersatzes das oben § 217 Ziff. 4a Gesagte zu vergleichen.

16) Je nachdem Abkauf des ganzen Rechts oder Ablösung der Lasten, welche von dem Dritten auf den Kaufgegenstand geltend gemacht werden können.

17) Neben dem letzteren. Also als *Nebenintervenient* im Sinne der §§ 66 ff. CPO. So würde sich die röm. Gewährung des habere licere an den Käufer modern umgestalten!

18) Die Befugniß zur Intervention ergibt sich aus der andernfalls eintretenden Regreßpflicht des Verkäufers. — Wegen *Streitverkündung* s. u. Ziff. 4.

19) Falls die Nachholung noch möglich ist und das Geschäft nicht in Folge des Verzugs jedes Interesse für den Käufer verloren hat. §§ 325, 326 Abs. 2 BGB. — Selbstverständlich darf auch die mangelnde Rechtsverschaffung nicht am Käufer selbst liegen (§ 324 eod.) ꝛc.

20) S. o. § 217 Ziff. 4b. — Beim Verkauf einer *Forderung*, die nicht besteht, deckt sich der Schaden nicht nothwendig mit dem Nominalbetrag der Forderung. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 8 S. 107.

21) Was nach den allgemeinen Grundsätzen allerdings auch zulässig ist.

22) Das ist der Anspruch oben sub lit. a.

23) Entsprechend dem § 440 Abs. 2 verbis: „oder sie dem Verkäufer zurückgewährt". — Hatte der Käufer das Grundstück *einem Dritten übergeben*

Wurde dagegen dem Käufer infolge des Rechtsmangels der Besitz und Genuß des Grundstücks abgestritten[24]), so kann er den Anspruch auf Schadenserſatz wegen Nichterfüllung gegen seinen Verkäufer sofort erheben[25]). Denselben Anspruch hat er[26]), auch wenn er den Dritten (Inhaber des besseren Rechts) beerbte oder von ihm beerbt wurde, ihm seine Rechte abkaufte oder das Grundstück von ihm geschenkt oder vermacht erhielt[27]) oder wenn letzteres unterging[28]).

β. Bei dem Verkauf beweglicher Sachen hat das Gesetz besonders darauf Bedacht genommen, daß der Käufer nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhalten und die Sache zugleich genießen soll. § 440 Abs. 2—4. Ebenso beim Verkauf von Rechten an Sachen, die zu deren Besitz berechtigen. § 441. Es kann also hier Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangt werden, wenn der Käufer die ihm übergebene Sache entweder

dem Verkäufer zurückgibt bezw. ihm den etwaigen Herausgabeanspruch wider Dritte (z. B. Miether, Entleiher, Verwahrer der Sache) abtritt[29]), oder

die Sache dem wahren Berechtigten mit Rücksicht auf dessen besseres Recht herausgegeben hat[30]), oder

wenn Käufer den wahren Berechtigten beerbt, von ihm beerbt wird, ihm seine Rechte abkaufte oder sie von ihm geschenkt oder vermacht erhielt ꝛc., oder wenn die Sache unterging[31]).

c) Schließlich kann der Käufer (vorbehaltlich der dem Verkäufer

---

(z. B. es vermiethet oder verpachtet), so wird es genügen, wenn er an Stelle körperlicher Rückgewähr seinen Herausgabeanspruch dem Verkäufer abtritt. Arg. § 440 Abs. 4 (da diese Lösung mit allgemeinen Grundsätzen übereinstimmt). Vgl. §§ 281, 323 Abs. 2, 325, 351 BGB.

24) Dem steht gleich, wenn er das Grundstück dem Dritten mit Rücksicht auf dessen besseres Recht herausgibt.

25) Arg. § 325 Abs. 1 Satz 1. Denn die Erfüllung ist dem Verkäufer unmöglich geworden. Dies entspricht dann auch dem ausdrücklichen Ausspruch des Gesetzes für bewegliche Sachen in § 440 Abs. 2 verbis: „wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat."

26) Nach den Grundsätzen sub Ziff. 1.

27) S. o. bei und in Note 5.

28) S. daselbst zu Note 9—10. — Das Resultat ist, daß die meisten in § 440 Abs. 2—4 BGB. für bewegliche Sachen ausgesprochenen Regeln sich aus allgemeinen Grundsätzen ergeben und daher auch entsprechend auf Immobiliarverkäufe anzuwenden sind. (Der Unterschied vom röm. Evikitionsrecht tritt gleichwohl klar hervor).

29) S. § 440 Abs. 2 u. 4 u. oben Note 23.

30) § 440 Abs. 2. — Freiwillig oder auf Grund einer Abstreitung im Evikitionsprozeß (wie oben).

31) § 440 Abs. 2 u. 3. — Entsprechend den Regeln sub Ziff. 1 oben, insbesondere zu Noten 5 u. 9.

eventuell zu gewährenden Nachfrist) einfach vom Kaufgeschäft zurücktreten. Hier muß er nach den Regeln des Rücktrittsrechts den Kaufgegenstand zurückgeben, es sei denn, daß er ohne sein Verschulden dazu außer Stande ist[32]).

4. Bei Geltendmachung aller dieser Rechte hat der Käufer auf Erfordern den behaupteten Rechtsmangel zu beweisen. § 442 BGB.[33]). Dies thut er z. B. durch Bezugnahme auf das Grundbuch oder Schiffsregister, in welchem die kollidirenden Rechte eingetragen sind; im Uebrigen durch Verweisung auf den Dritten selbst, sofern dieser mit seinen Ansprüchen wider den Käufer hervortritt. Hier kann der Käufer gegen den Verkäufer erst dann durchdringen, wenn das bessere Recht des Dritten feststeht. Doch genügt es, wenn der Beweis dem Verkäufer gegenüber erbracht wird[34]). Das einfachste Mittel ist, dem Verkäufer von den Ansprüchen des Dritten Mittheilung zu machen und ihm anheimzugeben, Thatsachen vorzubringen, aus denen das bessere Recht des Käufers folgt[35]). Hat der Dritte schon Klage erhoben, so geschieht dies durch Streitverkündigung[36]). Dieselbe ist nicht nothwendige Voraussetzung des Rechts auf Gewährleistung[37]), aber ein wichtiges Sicherungsmittel für den Käufer[38]).

5. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers kann vertragsmäßig über das obige Maß hinaus verschärft[39]) oder unter dasselbe herabgemindert werden[40]). Eine derartige Parteiabsicht kann sich auch

---

32) Andernfalls ist der Rücktritt überhaupt ausgeschlossen. S. §§ 350 ff. BGB. und oben §§ 170 Note 50, 171 Note 16, 174 ff.

33) Zum Zweck der Einhaltung des noch nicht gezahlten Kaufpreises muß er, da der Verkäufer prima facie zu leisten bereit ist, wenigstens den Mangel bezeichnen, der ihm Gefahr droht.

34) S. o. Ziff. 2. Also der Ausgang des Rechtsstreits mit dem Dritten ist nicht abzuwarten.

35) Vgl. o. Ziff. 3 a.

36) §§ 72 ff. CPO.

37) Wie im gemeinen Recht (wenigstens nach der zuletzt herrschenden Meinung) s. o. Note 2.

38) Denn wenn der Verkäufer nicht rechtzeitig benachrichtigt ist oder von selbst (nach § 66 CPO.) am Prozeß als Nebenpartei theilgenommen hat, kann er dem Käufer gegenüber einwenden, daß dessen Rechtsstreit gegen den Dritten unrichtig entschieden sei. Er selbst (Verkäufer) sei in der Lage gewesen, Thatsachen vorzubringen, aus denen das bessere Recht des Käufers folge, und an der Geltendmachung dieser Thatsachen sei er durch das Verhalten des Käufers verhindert. Vgl. §§ 68, 74 Abs. 3 CPO. Der Käufer müßte dann die Richtigkeit der im Eviktionsprozeß gefällten Entscheidung auch gegenüber dem Verkäufer darthun.

39) Z. B. durch das Versprechen der Beseitigung von Lasten des Kaufobjekts, die dem Erwerber bekannt sind (über die in § 439 Abs. 2 BGB. genannten hinaus).

40) Z. B. durch die Abrede, daß die in § 439 Abs. 2 genannten Lasten vom

(indirekt) aus dem gesammten Vertragsinhalt ergeben[41]). Doch ist der Ausschluß oder die Herabminderung der Haftung nichtig in Ansehung eines Rechtsmangels, welchen der Verkäufer dem Käufer arglistig verschwiegen hat[42]). § 443 BGB.

Kraft Gesetzes findet keine Gewährleistung statt bei Verkäufen auf Grund einer Pfändung oder Beschlagnahme im Zwangsvollstreckungsverfahren. Wird also hier der Gegenstand der Zwangsvollstreckung dem Erwerber entwährt, so haftet weder der Schuldner noch der betreibende Theil (der Gläubiger). Beide konnten und wollten nur geben was vorhanden war[43]). S. § 806 CPO. und § 56 RG. über die Zwangsversteigerung v. 24. März 1897.

d) Gewährleistung wegen Mängel der Sache*.

§ 220.

α. Gesichtspunkt und Allgemeines dieser Haftung.

In großem Umfang haftet der Verkäufer auch für thatsächliche Mängel der Kaufsache. Der Gesichtspunkt dieser Haftung ist aber ein ganz anderer als bei der Rechtsgewährleistung[1]).

1. Zunächst beschränkt sich diese Haftung auf die Mängel von Sachen. Denn bei verkauften Rechten handelt es sich nur um deren Bestand. Die Haftung hierfür fällt unter den Gesichtspunkt der Rechtsgewährleistung[2]). Für die faktische Beitreibbarkeit des Rechts wird regelmäßig gar nicht gehaftet[3]). Die §§ 459 ff. BGB. reden daher mit Absicht nur von Mängeln der „Sache".

Verkäufer nicht beseitigt, sondern vom Käufer auf den Kaufpreis übernommen werden sollen. S. über diese im Leben besonders häufige Abmachung schon oben § 204.

41) Z. B. beim Ankauf zweifelhafter Forderungen ꝛc. um geringe Summen. S. o. § 218 Note 21.

42) Dies ist altes Recht. Vgl. über das sog. pactum de non praestanda evictione und seine Nichtigkeit im Falle des dolus schon l. 6 § 9, l. 11 § 18 i. f. Dig. de A. E. V. 19. 1, Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 137 ff. S. o. Bd. I § 85 Ziff. 2 b.

43) Anderseits wird bei einer Zwangsversteigerung der Ersteher durch das Gesetz gegen Entwährung besonders geschützt. S. § 935 Abs. 2 BGB.

*) Vgl. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare (1883—1887); Eccius in d. Beitr. zur Erl. d. deutschen Rechts Bd. 43 S. 305; Kloß im Sächs. Archiv Bd. 9 S. 273.

1) Aeußerlich geht die sog. faktische Gewährleistung der Rechtsgewährleistung parallel. S. auch oben § 173.

2) S. o. § 218 Ziff. 2.

3) S. daselbst. — Wird die Haftung besonders übernommen, so besteht sie nach Inhalt der Abrede.

2. Bei Sachmängeln läßt sich nicht immer davon reden, daß der Verkäufer nicht erfüllt habe. Denn diese Sache hatte er zu liefern versprochen[4]), und dieses Versprechen hat er erfüllt.

Allerdings können auch solche Mängel im gegebenen Falle eine Nichterfüllung des Vertrages darstellen; wenn nämlich

a) der Verkäufer die Abwesenheit des Mangels besonders zugesichert hatte. Dann hat er gegen das bezügliche Versprechen verstoßen.

b) Ebenso ist es kontraktwidrig, wenn der Verkäufer bestimmte Mängel der Kaufsache, die er kennt, beim Handel dem unwissenden Käufer arglistig verschweigt oder verhehlt. Denn dies verstößt gröblich gegen die nach Verkehrsgrundsätzen zu erwartende Redlichkeit und Treue. Diese Fälle sind besonders ausgezeichnet[5]).

c) Endlich läßt sich beim Gattungskauf, da dieser regelmäßig auf Leistung von Sachen mittlerer Art und Güte der betreffenden Gattung geht[6]), die Auffassung rechtfertigen, daß eine Lieferung mangelhafter Sachen keine Vertragserfüllung sei. Daher erfährt auch dieser Fall eine besondere Regelung[7])[8]).

3. Soweit hiernach aber auch immerhin von Seiten des Verkäufers

---

4) Im Sinne der §§ 216 ff. oben war diese Sache zu übergeben und zu übereignen. Die betreffende Verpflichtung hat Verkäufer erfüllt. Daß dies auch die Auffassung des Gesetzes ist, geht z. B. aus den Motiven Bd. 2 S. 224 hervor. Fehlerlose Lieferung ist nicht stets als stillschweigend versprochen anzusehen. Ebenso Berndorff, Gattungsschuld S. 87 (der aber für den Fall der Gattungsschuld zu weit geht) und das Anerkenntniß bei Emerich S. 69 Note 1. Wenn letzterer das Gegentheil daraus herzuleiten sucht, daß Käufer die Annahme der fehlerhaften Sache verweigern darf, so ist dies völlig verfehlt. Das Weigerungsrecht beruht nicht auf der allgemeinen exc. non adimpleti contractus, sondern auf den Gewährleistungsansprüchen selbst, die auch gegen die Lieferung geltend gemacht werden können. Vgl. u. § 222 Note 2.

5) Diese beiden offenbaren Kontraktwidrigkeiten hatte denn auch die Rechtsordnung am frühesten getroffen und reprobirt. Schon das alte röm. Civilrecht gab ihretwegen die Klage aus dem Kaufgeschäft (die actio emti), und auch seither nahmen sie immer eine Sonderstellung ein. Vgl. l. 13 pr. Dig. de A. E. V. 19, 1; §§ 460 i. f., 463, 480 Abs. 2 BGB. — Zwar kann der Käufer wegen der Arglist regelmäßig den Kauf auch nach § 123 BGB. anfechten (s. o. Bd. I § 95) und das negative Vertragsinteresse fordern. Aber wie er historisch schon immer das positive Erfüllungsinteresse verlangen konnte, so empfahl sich die Beibehaltung dieses Anspruchs auch noch heute, schon im Interesse der Verkehrssicherheit (§ 463 BGB.).

6) S. § 243 BGB. u. oben die Lehre von der Gattungsschuld.

7) S. § 480 BGB. u. unten Ziff. 4 u. weiter.

8) Sind die mangelnden Eigenschaften der Kaufsache von der in § 119 Abs. 2 BGB. bezeichneten Art, so kann der Käufer das Kaufgeschäft anfechten. S. o. Bd. I § 94 zu Note 17 ff. — Gegebenenfalls kann er aber auch, statt anzufechten, Gewährleistung verlangen. Doch ist nicht gesagt, daß dieselbe Eigenschaft der Sache stets nach beiden Richtungen verwerthbar ist.

Erfüllung vorliegt, soll die Lieferung mangelhafter Sachen doch nicht ganz verantwortungslos für den Verkäufer sein, selbst wenn die Mängel verborgen, also auch dem Verkäufer bei dem Vertragsschluß nicht bekannt waren. Die Billigkeit verlangt, daß auch verborgene Mängel der Kaufsache, wenn sie nur hinreichend erheblich sind und binnen kurzer Frist nach dem Kaufabschlusse hervortreten, dem Verkäufer zur Last fallen. Denn dieser ist zur Erkenntniß der Mängel eher in der Lage als der Käufer, welchem die Sache gänzlich fremd war. Weil aber der Verkäufer den Mangel nur hätte kennen sollen, ihn nicht nothwendig wirklich gekannt hat, fällt der Schaden auch nur in eigenthümlich beschränktem Umfang auf den Verkäufer zurück.

Dies war römisches und altes deutsches Recht. Nur die Ausgestaltung war verschieden. Das deutsche Recht berücksichtigte in roher Weise nur einzelne besonders schwere Mängel der Kaufsache[9]). Der Mangel mußte binnen bestimmter kurzer Frist nach dem Vertragsabschlusse hervorgetreten sein und gerügt werden[10]); dann konnte seinetwegen der Käufer die Sache zurückgeben (den Kauf „wandeln").

Viel feiner entwickelte sich das System auf dem römischen Weltmarkt[11]). Nicht für besonders klassifizirte, sondern für alle verborgenen Mängel[12]) der Kaufsache[13]) ohne Rücksicht auf deren Ueberlieferung[14]) muß der Verkäufer einstehen. Allerdings verjährten die ädilicischen Ansprüche binnen kurzer Zeit[15]), dauerten aber doch erheblich länger als die deutschrechtliche Gewährfrist; außerdem waren sie mannigfaltiger: sie gingen auf Rückgängigmachung des Kaufs (Wandelung) oder auf Preisminderung[16]). Denn nicht wegen jeden Mangels verlohnt es sich,

9) Sog. Hauptmängel. § 482 BGB. Unser Gesetz folgt diesem System beim Viehkauf.

10) Ueber die sog. Gewährfristen beim Viehkauf s. § 482 BGB.

11) Nach dem Edikte der Aedilen. Die von ihnen neben den Ansprüchen aus dem Civilrecht wegen Kontraktwidrigkeiten (s. o. Note 5) gewährten Klagen werden daher gewohnheitsmäßig die ädilicischen Ansprüche des Käufers genannt. Vgl. tit. Dig. de aedilic. edicto 21, 1 u. Cod. de aedilic. act. 4, 58.

12) Abgesehen von Kleinigkeiten. Denn minima non curat praetor.

13) Außerdem haftete der Verkäufer nach dem ädilicischen Edikt für besonders angegebene Eigenschaften der Kaufsache (dicta et promissa). Es handelt sich dabei entweder um den Mangel zugesicherter Eigenschaften (dieser fällt heute unter die Kontraktwidrigkeiten oben Ziff. 2a) oder um Eigenschaften, die der Käufer nach § 221 Ziff. 1a (lit. β oder sogar schon lit. α am Ende) erwarten darf. Dann gibt ihr Mangel Anlaß zu Wandelung oder Minderung. — Vage oder marktschreierische Anpreisungen fielen schon römisch nicht unter die dicta et promissa (s. l. 19 pr. Dig. de aed. ed. 21, 1).

14) Und den Ablauf einer Gewährfrist (s. o. Note 10).

15) Die actio redhibitoria in 6 Monaten; die a. quanti minoris in 1 Jahre. Vgl. l. 19 § 6, l. 38 pr., l. 48 § 2, l. 55 Dig. de aed. ed. 21, 1.

16) S. die beiden in der vor. Note genannten Klagen.

den Kauf aufzulösen. Geringere Mängel können sattsam durch einen angemessenen Nachlaß am Preise ausgeglichen werden.

In Deutschland ist man seit der Reception dem römischen System gefolgt. Nur beim Viehkauf erhielt sich vielfach das ältere Recht[17]). Unser Gesetz hat sich dieser Entwickelung angeschlossen[18]). Wir werden die Behandlung der sog. „Viehmängel" am Schluß der Lehre folgen lassen[19]).

4. Liegen die Ziff. 2 erwähnten Kontraktwidrigkeiten vor, so muß man konsequent dem Käufer die soeben erwähnten ädilicischen Ansprüche auch zugestehen. Dies rechtfertigt sich durch ein arg. a maiori ad minus. Die ädilicischen Ansprüche gehen weniger weit als die Rechte des Käufers wegen Nichterfüllung. Auch kann sich der Verkäufer nicht beschweren, wenn der Käufer das Gelieferte als Erfüllung gelten läßt und die Mängel der gelieferten Sachindividuen hervorhebt[20]).

Immerhin mußte das Nebeneinanderstehen so verschiedener Rechtsbehelfe eine gewisse Annäherung derselben untereinander herbeiführen[21]). Hieraus und aus anderen Gründen ergab sich in diesem Falle eine gewisse Beschränkung der Rechte des Käufers wegen Nichterfüllung.

---

17) Beim Viehkauf handelt es sich hauptsächlich um Krankheiten der Thiere, die nicht sämmtlich Berücksichtigung finden können. Vielmehr sind einzelne Krankheiten 2c. zweckmäßig herauszugreifen (als Hauptmängel). Außerdem empfiehlt sich hier die kurze Gewährfrist (berechnet nach der ärztlichen Wissenschaft über die sog. Inkubation der Krankheit), damit der Verkäufer nicht für Krankheiten verantwortlich gemacht wird, die nach dem Kaufe entstanden sind. Die Entscheidung dieser Frage für jeden einzelnen Fall wäre unnöthige Zeit- und Kraftverschwendung. Es empfiehlt sich hier einfach auf Grund der thierärztlichen Erfahrung zu generalisiren. Endlich ist hier nur Wandelung des Kaufs, nicht auch Preisminderung zuzulassen, damit das Handeln über den Preis des Viehs nicht auf Grund angeblicher Mängel nach dem Kaufabschluß von vorn wieder anfängt. Ist der Mangel nicht erheblich genug, um zu wandeln, so soll er gar nicht berücksichtigt werden.

18) S. §§ 459 ff., 481 ff. BGB. Doch gilt das deutsche System nur für gewisse Thierarten, mit denen hauptsächlich Handel getrieben wird.

19) S. u. § 224.

20) Daher gab schon das röm. Recht beim Mangel zugesicherter Eigenschaften sowie bei Dolus des Verkäufers die Klage aus dem Kaufe (a. emti) und die ädilicischen Klagen nebeneinander. Beim Gattungskaufe war die Frage der Nebeneinandergeltung lange bestritten, wurde aber, wenn Waare der versprochenen Art geliefert war (gegen Thöl, Handelsr. I § 275, Windscheid § 394 u. A.), schließlich auch überwiegend bejaht. S. Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 19 S. 98; Hanausek I S. 113. Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 189, Bd. 12 S. 84.

21) Im röm. Recht handelte es sich um 3 Ansprüche: a. emti, a. redhibitoria und a. quanti minoris. Im heutigen Recht sind die Rechte des Käufers wegen Nichterfüllung sein bekanntes dreifaches Wahlrecht: also einmal viel zahlreichere Rechte, und anderseits nicht durchweg Ansprüche! Der unterschiedslose Gebrauch aller dieser Befugnisse neben den ädilicischen Ansprüchen würde technische und andere Unzuträglichkeiten im Gefolge haben.

a) An sich würde der Käufer in erster Linie Nachholung des Versäumten[22]), also Beseitigung der Mängel fordern dürfen, sofern eine solche überhaupt möglich ist[23]). Doch verbietet sich eine solche, auch wenn sie möglich ist, hier häufig aus praktischen Rücksichten. Denn sie käme auf eine Reparatur der Sache heraus, welche dem Verkäufer nicht zuzumuthen ist. Er ist darauf meist gar nicht eingerichtet[24]). Nur beim Gattungskauf kann der Käufer an Stelle der mangelhaften Sache die Lieferung einer mangelfreien verlangen, weil dies ohne Reparatur (aus der betreffenden Gattung) stets möglich ist. § 480 Abs. 1 BGB. Doch wird dieser Anspruch nicht nach den allgemeinen Grundsätzen[25]) zugelassen[26]), sondern nur unter dem Gesichtspunkt der Wandelung: das gelieferte Sachindividuum soll nach deren Regeln gegen ein anderes mangelfreies umgetauscht werden können[27]).

b) In zweiter Linie kann regelmäßig Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden[28]). Dieses Recht hat denn auch in der That der Käufer beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften der Kaufsache oder bei Arglist des Verkäufers. § 463 BGB. Dagegen bei Gattungskäufen nicht generell[29]), sondern wiederum nur dann, wenn der Verkäufer Eigenschaften der Sache zugesichert oder Fehler arglistig verschwiegen hatte. § 480 Abs. 2. Der Anspruch geht auf das gesammte Erfüllungsinteresse[30]). Die Gewährung einer Nachfrist zur Beseitigung des Mangels an den Verkäufer findet nicht statt.

c) Schließlich könnte noch Rücktritt vom Kaufgeschäft in Gemäßheit der allgemeinen Vorschriften[31]) in Frage kommen. Doch ist davon

---

22) Nebst Schadensersatz.

23) Entsprechend oben §§ 217 Ziff. 4a, 219 Ziff. 3a.

24) Anders beim Werkvertrage (§ 633 Abs. 2 BGB.), wo die gelieferte Sache überhaupt angefertigt wurde. — Hierdurch wird jedoch nicht ausgesprochen, daß der Verkäufer nicht unter Umständen durch freiwillige rechtzeitige Beseitigung des Mangels die Ansprüche des Käufers ausschließen kann. S. auch Motive II S. 227; Cosack § 127 V Ziff. 2.

25) Resp. dem näheren Inhalt des Kaufgeschäfts.

26) Es wäre denn das gelieferte Individuum gar nicht ein solches aus der Gattung, auf die sich das Kaufgeschäft bezog. So auch Cosack § 127 Ziff. VI.

27) Namentlich nur innerhalb der kurzen Frist, die für die Wandelung gegeben ist ꝛc. S. noch unten § 222 Ziff. III.

28) S. o. § 219 Ziff. 3b.

29) Dies wäre zu hart für den Verkäufer und stände im Mißverhältniß zu seiner Haftung bei Spezieskäufen.

30) Nicht blos auf das negative Vertragsinteresse. Nicht auf Naturalrestitution. S. o. lit. a; § 222 Ziff. II.

31) Entsprechend oben §§ 217 Ziff. 4c, 219 Ziff. 3c u. s. w.

wegen der Gleichheit des Ergebnisses mit der Wandelung[32]) keine Rede mehr[33]).

5. Das Resultat des Gesagten ist:

Im Allgemeinen hat der Käufer wegen der hier besprochenen Sachmängel das wahlweise Recht auf 1. Wandelung des Kaufs oder 2. Minderung des Kaufpreises (§ 462). Liegt in der Lieferung einer mangelhaften Sache zugleich eine Kontraktwidrigkeit, so vermehrt sich das Wahlrecht des Käufers um die soeben erwähnten sonstigen Rechtsbehelfe, nämlich 3. bei arglistigem Verschweigen von Mängeln und dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (§§ 463, 480 Abs. 2), oder 4. bei Gattungskäufen an Stelle der mangelhaften Sache auf der Nachlieferung einer mangelfreien zu bestehen (§ 480 Abs. 1).

Es hat also hier der Käufer nach den Umständen ein zwei- bis vierfaches Wahlrecht[34]), oder besser: ebensoviele Ansprüche[35]), die in einem Alternativverhältniß zueinander stehen[36]).

---

32) Vgl. § 467 BGB.

33) In der Litteratur herrscht Streit, ob und inwieweit die allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff. neben den Gewährleistungsansprüchen zur Anwendung kommen können. Schlechthin für die Verneinung sind insbesondere Eccius in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 43 S. 306 und Titze, Unmöglichkeit (1900) S. 277; mehr oder weniger vermittelnd Kipp zu Windscheid, Pand. § 395 S. 655, Emerich S. 69, Kisch, Nachträgl. Unmöglichkeit (1900) S. 194 ff. u. A. Grundsätzlich kann nur, soweit Nichterfüllung vorliegt, die Anwendung der allgemeinen Vorschriften in Frage kommen, darüber hinaus nicht. Soweit Nichterfüllung vorliegt, ist an sich konkurrirende Anwendung denkbar; sie ist aber selbstverständlich ausgeschlossen, soweit die lex specialis Schranken aufstellt, innerhalb deren sie die Mängelrüge allein zulassen will. Z. B. hat der Käufer den §§ 477, 478 BGB. nicht entsprochen, so kann er sich auf den Mangel nicht noch später aus § 325 ꝛc. berufen. Dagegen ist zulässig, sich auf die allgemeinen Grundsätze z. B. zu berufen, um a) den Verkäufer in Anspruch zu nehmen, wenn er nach dem kritischen Zeitpunkt für die Mängelhaftung (s. u. § 221) der Sache noch einen Mangel zufügt (z. B. beim Transport der Sache an den Wohnort des Käufers), arg. § 325; oder b) um die Haftung des Verkäufers auszuschließen, wenn der Käufer die Beschädigung verursacht hat. Arg. § 324 (quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire: s. o. Bd. 1 § 111). Endlich kann c) der Käufer von Erhebung der Gewährsmängelansprüche abstehen und gegen entsprechende Zahlung des Kaufpreises, das für die Beschädigung der Sache dem Verkäufer geschuldete Surrogat verlangen. Arg. §§ 281, 323 Abs. 2, 325 BGB. Dies sind selbständige neben der Lehre von der Mängelgewähr stehende Sätze, deren Anwendung nicht einmal vollständige Unmöglichkeit der Leistung voraussetzt. Sie können daher neben den Gewährleistungsansprüchen zur Anwendung kommen.

34) Beim Viehhandel ein ein- bis dreifaches, da hier der Anspruch auf Minderung des Kaufpreises wegfällt. S. o. Note 17. Vgl. §§ 487, 481 (463), 491 BGB.

35) Für das Recht auf Schadensersatz und Nachlieferung einer mangelfreien Sache versteht sich die Anspruchsnatur von selbst. Für das Recht auf Wandelung oder Minderung s. die folgenden Ausführungen.

Es liegt die Frage nahe, warum unser Gesetz das Wandelungs- (resp. Preisminderungs-)recht des Käufers als Anspruch bestehen gelassen und nicht zu einem Rücktrittsrecht gestaltet hat, wie es dem Käufer doch bei offenbaren Kontraktwidrigkeiten[37]) seines Gegners zusteht[38]). Wir können sagen[39]), daß die Eigenartigkeit der betreffenden Rechte der einseitigen Erledigung durch den Käufer widerstrebt. Ob ein Sachmangel von der Art ist, daß man um seinetwegen den Kauf „wandeln" kann, wird regelmäßig unter den Parteien sehr streitig sein; unendlich mehr, ob und um wieviel deshalb „der Kaufpreis zu mindern sei". Kommt es zu keiner Einigung der Parteien, so kann nur das Gericht angerufen werden, welches im Urtheil das Detail festsetzt. Mit einseitigen Erklärungen ist hier nichts anzufangen.

6. Ein Verschulden des Verkäufers ist für die Haftung desselben wegen Sachmängel nicht erforderlich[40]). Im Gegentheil, die Hauptanwendung geht auf verborgene Mängel, die sich nachträglich herausstellen und dem Verkäufer beim Vertragsabschluß ebenso unbekannt waren als dem Käufer.

a) Dagegen entfällt jede Haftung des Verkäufers für Sachmängel, die der Käufer beim Vertragsabschlusse gekannt hat[41]). § 460 S. 1. Die Haftung wegen nicht besonders zugesicherter

36) Also es kann immer nur der eine oder der andere geltend gemacht werden; nicht (wie gewöhnlich, s. Bd. I § 121 Ziff. 3) nach Geltendmachung des einen nachträglich noch dasjenige, was der andere Anspruch darüber hinaus enthält. — Ebensowenig handelt es sich um ein Wahlschuldverhältniß (oben § 153).

37) S. o. Ziff. 4c u. z. B. §§ 217 Ziff. 4c, 219 Ziff. 3c. Um so mehr als nach § 467 BGB. nun doch wieder die meisten Vorschriften über das Rücktrittsrecht auf den Wandelungsanspruch angewendet werden.

38) Allerdings hat die historische Gestaltung als actio redhibitoria und quanti minoris (vgl. tit. Dig. 21, 1; Preuß. A.L.R. I Tit. 5 §§ 325 ff., 331; Code Nap. Art. 1644; sächs. G.B. § 909 ꝛc.) ein großes Gewicht. Aber letzteres war doch nicht immer maßgebend (z. B. nicht bei der Umgestaltung der actio quod metus causa, der actio Pauliana in Anfechtungsrechte ꝛc.). Es fragt sich, warum nicht auch hier eine ähnliche Umgestaltung (Verwandelung des Anspruchs in ein einseitiges Rücktrittsrecht des Käufers) stattgefunden hat. Dies wurde in der II. Kommission in der That erwogen, schließlich aber abgelehnt. S. Prot. Bd. 1 S. 676 ff. Gleichwohl ist man beim alten Recht nicht stehen geblieben, wie sich noch später zeigen wird. S. das. S. 680 u. unten § 222 Ziff. I.

39) Die Gründe der Kommission: daß die Auffassung als Anspruch möglich sei und das bestehende Recht nicht zu praktischen Unzuträglichkeiten geführt habe, sind dürftig. Dies paßt auch auf die oben Note 38 genannten und dennoch beseitigten Aktionen. Materieller Grund ist das im Text Gesagte. Dazu tritt der juristische, daß nach dem oben Ziff. 2 u. 3 Gesagten regelmäßig Vertragserfüllung vorliegt, also ein Rücktritt wegen Nichterfüllung nicht am Platze wäre.

40) Sowenig wie nach älterem Recht. S. o. Ziff. 3. Nur kann auf Arglist des Verkäufers eventuell der Anspruch vollen Schadensersatzes gestützt werden.

41) Entsprechend oben § 218 Ziff. 4. Diese Kenntniß hat nöthigenfalls der Verkäufer zu beweisen, um seine Haftpflicht auszuschließen.

Eigenschaften der Kaufsache[42]) fällt sogar schon dann weg, wenn der Käufer den Mangel beim Kaufabschluß[43]) ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erkennen können. Es wird also für offene oder offenbare Mängel regelmäßig gar nicht gehaftet: der Käufer hat sich die Folgen selbst zuzuschreiben, wenn er die Sache gar nicht oder nur ganz oberflächlich ansah („Augen für Geld")[44]). Handelte es sich dagegen um zugesicherte Eigenschaften der Kaufsache, so braucht der Käufer sie gar nicht zu prüfen, sondern darf der Zusicherung vertrauen[45]). Der Verkäufer haftet für solche Mängel nur dann nicht, wenn Käufer sie wirklich gekannt hat. Ganz ebenso verhält es sich, wenn der Verkäufer gewisse Mängel arglistig verschwieg[46]). Denn ist selbst die Nachlässigkeit des Käufers, der sich die Sache nicht genügend ansah, eine grobe, so überwiegt doch immer die Arglist des Verkäufers[47]). § 460 S. 2 BGB.

b) Auf der anderen Seite gehen dem Käufer die Gewährleistungsansprüche verloren[48]), wenn er die mangelhafte Sache in Kenntniß der Mängel ohne Vorbehalt annimmt[49]). § 464. Doch kommt hier nur wirkliche Kenntniß, nicht einmal grobe Fahrlässigkeit in Betracht[50]). Die zur Erfüllung gelieferte Sache braucht sich also der

---

42) Also wegen Mängel der in § 459 Abs. 1 BGB. bezeichneten Art. Siehe darüber unten § 221.

43) Eine spätere Kenntniß ist gleichgültig, soweit nicht der Käufer darauf ohne Vorbehalt die Sache annimmt. S. u. lit. b. Spätere Erkennbarkeit der Mängel ist überhaupt gleichgültig. (Einmal müssen sie überhaupt zu Tage treten.)

44) Eine gründliche Untersuchung wird dem Käufer aber nicht (wie im Handelsrecht: § 377 HGB.) zur Pflicht gemacht. Es ist Thatfrage, wann die grobe Fahrlässigkeit beginnt.

45) Es sei denn, daß es sich um vage, z. B. marktschreierische Anpreisungen handelt, die gar nicht als ernsthafte Zusicherungen gelten (s. o. Note 13 i. f.), oder wenn sie so allgemein sind, daß sie das Vertrauen auf die Abwesenheit eines bestimmten Mangels nicht erwecken können.

46) Jedes Verhehlen des Mangels ist Verschweigen. Aber nicht jedes Verschweigen ist arglistiges Verschweigen. Nämlich dann nicht, wenn der Verkäufer annehmen konnte, der Mangel werde auch dem Käufer bekannt sein. Z. B. bei verschossenen Stoffen, die deshalb unter dem gewöhnlichen Preise abgegeben werden ꝛc. S. Crome im Archiv f. civ. Praxis Bd. 78 S. 142.

47) Den Beweis der Zusicherung oder der Arglist des Verkäufers hat der Käufer replicando gegen den nach Note 41 wider ihn erbrachten Beweis der Kenntniß von den Mängeln zu erbringen.

48) Wo die Gefahr erst mit der Uebergabe oder Auflassung auf den Käufer übergeht, s. u. § 222 Note 2.

49) Diese Bestimmung ist ein nothwendiges Korrelat der vorigen. Ist die Uebergabe ꝛc. auch nicht der Kauf selbst, so spitzt sich das ganze Kaufgeschäft (als Zweckgeschäft) doch auf sie zu. Mängel, die hier ignorirt werden, sind auch auf das Zweckgeschäft nicht ferner geltend zu machen. Sie müssen als gedeckt angesehen werden (s. ähnlich § 313 BGB).

50) S. auch oben Bd. I § 109 zu Note 35. Motive Bd. 2 S. 230.

Käufer nicht weiter anzusehen. Er darf darauf vertrauen, daß sie seit dem Vertragsschluß unverändert sei[51]).

Hierzu ist zu bemerken:

α. Annahme in diesem Sinn ist Annahme zur Erfüllung[52]), also die von Seiten des Käufers erforderliche Erfüllungshandlung, nach deren Vornahme in Kenntniß der Mängel eine Rüge der letzteren wider Treu und Glauben verstoßen würde[53]). Dies ist bei beweglichen Sachen regelmäßig der Fall nach der Uebergabe und was ihr gleichsteht; bei Grundstücken nach der Uebergabe oder Auflassung, gleichgültig welcher dieser Akte zuerst erfolgt[54]).

β. Der Vorbehalt des Käufers bei der Annahme, durch den die Gewährleistungsansprüche gewahrt werden, ist einseitige dem Verkäufer oder seinem Vertreter gegenüber[55]) abzugebende Willenserklärung[56]). Doch ersetzt ein Vertrag der Parteien über die Behandlung der Mängel die einseitige Rechtsverwahrung des Käufers[57]). Die erfolgte Annahme ist vom Verkäufer, — der gemachte Vorbehalt vom Käufer zu beweisen[58]).

γ. Entdeckt der Käufer die Mängel erst nach der Annahme, so gehen ihm seine Gewährleistungsansprüche nach allgemeinen Grundsätzen nur verloren, wenn er auf ihre Geldentmachung verzichtet hat[59]). Ein solcher Verzicht kann auch aus indirekten Handlungen hervorgehen, vor Allem aus einem längeren Behalten, Benutzen oder Verbrauchen der Sache[60]). — Daß ein Verzicht des Käufers auf Ge-

51) Anders im Handelsrecht, das auch in dieser Beziehung dem Käufer die Untersuchung der Waare beim Empfang und unverzügliche Mängelrüge als Voraussetzung der Gewährleistungsansprüche auferlegt. §§ 377 ff. HGB. Dernburg § 189. — S. jedoch beim Viehhandel § 485 BGB. Auch durch Vertrag ist eine gegentheilige Bestimmung möglich.

52) Nicht zu anderen Zwecken, z. B. vorläufig zur Prüfung der Sache.

53) Daß dies der Sinn der Vorschrift des § 464 ist, geht aus den Motiven Bd. 2 S. 229 i. f. hervor. Ein Verzicht liegt keineswegs immer vor (er wäre eine reine Fiktion).

54) Entsprechend § 446 BGB. S. auch oben Note 49. Zustimmend Entsch. d. RG. in den Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 24 S. 955; Oertmann zu § 464 Note 2.

55) Dies ist aber keineswegs immer die Transportperson, welche die Waare überbrachte. Der Vorbehalt ist dem Verkäufer zu machen.

56) S. o. Bd. I § 88. Selbstredend kann der Käufer die mangelhafte Sache unter Umständen zurückweisen. S. o. Note 4, und bei kontraktwidriger Leistung nach den allgemeinen Vorschriften (§ 215 Ziff. 4).

57) Z. B. wenn sich der Verkäufer erbietet, die Mängel zu beseitigen.

58) Dies ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen und der Satzkonstruktion in § 464.

59) Abgesehen von der Verjährung. S. u. § 223.

60) Es kommt auf die Umstände an. Z. B. wenn bei dringendem Bedürfniß andere Waare nicht rechtzeitig zu beschaffen ist, folgt aus dem Ver-

währleistung auch schon früher (vor der Annahme) erklärt werden kann, versteht sich von selbst[61]).

8. Ebensowenig verliert der Käufer seine Rechte durch eine in Unkenntniß der Mängel erfolgte Annahme[62]). Aber er belastet sich durch sie mit dem Beweise der Unkenntniß. § 363 BGB.

7. Was den Beweis der Mängel selbst betrifft, so ist davon auszugehen, daß insoweit die Lieferung einer Sache mit Mängeln nicht als Kontraktwidrigkeit erscheint[63]), der Käufer den Mangel darzuthun und seine Ansprüche (auf Wandelung, Minderung) darauf zu stützen hat[64]). So ohne Weiteres bei Individualsachen, die ohne Zusicherung besonderer Eigenschaften verkauft sind (Spezieskäufen). Aber auch die Zusicherung besonderer Eigenschaften hat Käufer zu beweisen[65]), da er damit eine Nebenabrede des Vertrages behauptet; wogegen[66]) der Verkäufer den Beweis zu führen hat, daß die zu liefernde Sache jene Eigenschaften besitzt. Bei Gattungskäufen hat stets der Verkäufer die Vertragsmäßigkeit der zu liefernden Sachen darzuthun[67]). Anders in beiden Fällen, wenn der Käufer die Waare schon als Vertragserfüllung angenommen hatte[68]). § 363 BGB.

---

brauchen noch kein Verzicht. — Man sollte auch nicht als Rechtssatz aufstellen, daß nach Gebrauch oder theilweisen Verbrauch wenigstens keine Wandelung mehr zulässig sei. Häufig verbietet sie sich nach §§ 350 ff., 467 BGB. von selbst. Im Uebrigen entscheidet, ob Verzicht anzunehmen ist. S. hierzu Ehrlich, Stillschweigende Willenserklärung (1893) S. 127, 142 u. Cit.; Oertmann § 464 Note 4.

61) Doch bezieht der Verzicht sich nur auf solche Mängel, die Käufer bei seiner Erklärung kannte oder auf die er ohne Rücksicht auf die Kenntniß verzichten wollte. — Gegen arglistig verheimlichte Mängel kann der Verkäufer den Verzicht sowenig anführen, als einen vertraglichen Ausschluß der Mängelhaftung. S. § 476 BGB.

62) Im Gegensatz zum altdeutschen Recht.

63) S. o. Ziff. 2—4.

64) Es handelt sich um selbständige Ansprüche gegen das Kaufgeschäft. Diese sind selbständig zu begründen und zu beweisen. Zustimmend Cosack § 127 VII Ziff. 1, wenngleich nur mit formaler Begründung (aus der negativen Fassung des § 459 BGB.). Es ist nicht zutreffend, wenn Dernburg § 184 Ziff. V sagt, der Beweis des Nichtvorhandenseins von Mängeln liege dem Verkäufer ob, da er vertragsmäßige Erfüllung darzuthun habe. Diese hat er dargethan, indem er die verkaufte Sache lieferte.

65) Die Zusicherung, — nicht die Lieferung mit diesen Eigenschaften (s. u.). Richtig Dernburg a. a. O. Note 13. Hat der Kläger die Vereinbarung über Waare und Preis bewiesen, so ist der Kauf abgeschlossen, der hierauf gestützte Klageantrag begründet. Ebenso Oertmann § 459 Note 7.

66) Wenn die Klausel feststeht.

67) In beiden letzteren Fällen hat der Verkäufer darzuthun, daß er vertragsmäßig erfüllt habe. Die Beweislast des Verkäufers ist wohl unbestritten.

68) Wegen des darin liegenden Anerkenntnisses. S. o. § 169 gegen Ende u. § 182 Ziff. 1.

Daß der Käufer, soweit er seine Ansprüche auf Arglist des Veräufers stützt, die behauptete Arglist beweisen muß, versteht sich von selbst[69]).

8. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers kann vertragsmäßig über das im Obigen vorgesehene Maß hinaus verschärft[70]), aber auch unter dasselbe herabgemildert werden[71]). Eine derartige Parteiabsicht kann sich auch (indirekt) aus dem gesammten Geschäftsinhalt ergeben[72]). Doch ist der Ausschluß oder die Herabminderung der Haftung nichtig in Ansehung eines Mangels, welchen der Verkäufer dem Käufer arglistig verschwiegen hat[73]). § 476 BGB.

Kraft Gesetzes findet keine Gewährleistung statt, wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung[74]) unter der Bezeichnung als Pfand (§ 461 BGB.), oder auf Grund einer Pfändung oder Beschlagnahme im Zwangsvollstreckungsverfahren verkauft wird (§ 806 CPO., § 56 RG. über die Zwangsversteigerung vom 24. März 1897). Hier haftet also weder der Schuldner noch der betreibende Theil[75]).

β. Die Mängelhaftung in gewöhnlichen Fällen.

§ 221.

aa. Die Gewährsmängel. Kritischer Zeitpunkt.

Gewöhnlich[1]) haftet der Verkäufer für Mängel aller Art, nicht blos für gewisse als solche qualifizirte (Haupt-)mängel. Immerhin bedarf es einer näheren Umgrenzung des Mängelbegriffs. § 459 BGB.

---

69) S. o. Bd. I § 127. Die Arglist ist hier der Grund des erhobenen Anspruchs.

70) Z. B. durch die Verabredung, daß der Verkäufer für bestimmte Mängel haften will, auch wenn sie der Käufer übersehen habe. Letzterer will sich jeder Prüfung der Sache überheben (Zusicherung auf „unbesehen"). Oder daß wegen jedes Mangels voller Schadensersatz zu leisten oder die Sache in jedem Falle auszubessern sei. Die Verjährungsfrist der Gewährleistungsansprüche (s. u. § 223) kann vertragsmäßig verlängert werden u. dgl.

71) Z. B. durch Ablehnung der Haftpflicht für gewisse Mängel, durch Ausschluß des Schadensersatz-, Wandelungs- und Preisminderungsrechts des Käufers oder durch Ausschluß der Haftung überhaupt.

72) Z. B. ein Grundstück wird wie es „steht und liegt", eine Sache „wie besehen" verkauft u. dgl. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 162.

73) Dies ist altes Recht. Vgl. über die Nichtigkeit des pactum de dolo non praestando l. 14 § 9 Dig. de aed. ed. 21, 1; Preuß. ALR. I Tit. 5 §§ 318, 348, Tit. 11 §§ 137 ff.; Code Nap. Art. 1643 ꝛc.

74) Nicht beim Verkauf aus freier Hand, soweit dieser im Uebrigen (nach §§ 1240 Abs. 2, 1245 ff. BGB.) zulässig ist.

75) Es sei denn, daß er hinsichtlich des Zustands der Sache besondere Zusicherungen machte. Diese müssen auch hier wirken (mindestens wie andere „Versteigerungsbedingungen"). S. auch Dernburg § 184 Ziff. VII; Planck § 461 Note 1. A. M. Eccius a. a. O. S. 313.

1. Das Gesetz unterscheidet Fehler der Kaufsache und den Mangel zugesicherter Eigenschaften. Beide werden unter Mängel der Sache begriffen[2]). Der Ausdruck „Mängel" ist danach etwas Relatives. Er bedeutet, daß Eigenschaften der Kaufsache fehlen, welche ordnungsmäßig vorhanden sein müßten. Das Fehlende können auch Vorzüge sein, welche den Umständen nach vorhanden sein sollten, aber der verkauften Sache thatsächlich nicht innewohnen[3]).

a) Was Fehler sind, wird durch die Verkehrsauffassung bezeichnet[4]). Doch kommt nicht blos die allgemeine, schablonenmäßige Auffassung in Betracht[5]), sondern ebensosehr die konkrete auf Grund der besonderen im Vertrag zu Tage getretenen Intentionen der Parteien[6]).

α. Nach der allgemeinen Verkehrsauffassung sind Fehler solche Eigenschaften der Kaufsache, die ihren Werth oder ihre Tauglichkeit

---

1) D. h. abgesehen vom Viehhandel. S. u. § 224.

2) Vgl. die Ueberschrift vor § 459: Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

3) In diesem Sinne verstehen auch wir in dieser Lehre den Ausdruck „Mängel". Es war eine Inkonsequenz der Römer und vielleicht nur eine historische Zufälligkeit, daß der Verkäufer mit den ädilicischen Klagen blos für das Fehlen solcher Eigenschaften haftete, die eine Abweichung von der gewöhnlichen Beschaffenheit der Waare darstellten. Vgl. l. 1 § 8 Dig. de aed. ed. 21, 1. Hanausek I S. 69; Lenel im Archiv f. civ. Praxis Bd. 79 S. 103; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 282. Als wenn alle Käufer blos gewöhnliche Waaren haben wollten! In anderen Fällen halfen sich die Römer durch die dicta et promissa, für die gehaftet wurde, wenn über die Eigenschaften der Kaufsache hin und her geredet worden war. Aber wenn nichts Besonderes gesagt war, wurde das stillschweigend Selbstverständliche, wenn es über die gewöhnliche Beschaffenheit der Waare hinausging, vom röm. Rechte nicht genügend berücksichtigt (von den ädilicischen Klagen nicht getroffen). Windscheid versuchte die Ausdehnung auf Grund seiner Kategorie der Voraussetzung. Dagegen meine Abh. im Archiv f. civ. Praxis Bd. 78 S. 122. Damals schien zu befürchten, daß dieser gefährliche Begriff (s. o. Bd. I § 78 Note 4) hier und auch sonst in das Gesetz übergehen werde. Diese Gefahr ist abgeschlagen, — der Ausdruck: „zu dem ..... nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch" in § 459 BGB. nicht weiter zu beanstanden. Es handelt sich dabei nicht um die bloße Voraussetzung, sondern um eine Voraussetzung, die nach dem Vertrage gehegt werden durfte: um den näheren, auch stillschweigend selbstverständlichen Vertragsinhalt. So ist die Lücke des röm. Rechts ausgefüllt.

4) Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 282 ff.; Dernburg § 484; Cosack § 127 Ziff. I.

5) Sonst würden schließlich auf Grund der Verkehrssitte ein für allemal gewisse Fehler für erheblich erklärt und andere für unerheblich. Dies käme auf eine Haftung des Verkäufers für Hauptmängel heraus. Die Menschen sind eben keine Schablonen.

6) Aehnlich wie in der Irrthumslehre in Ansehung der wesentlichen Eigenschaften einer Sache. S. o. Bd. I § 94 Text u. Note 20 u. Cit.

zu dem gewöhnlichen Gebrauch beeinträchtigen (aufheben oder mindern). Doch kommt die Minderung des Werths oder der Tauglichkeit nur in Betracht, wenn sie erheblich ist[7]). Auch darüber entscheidet die Verkehrsanschauung[8]). S. § 459 Abs. 1. Dem Werth wird hiernach schlechthin Bedeutung beigelegt ohne Rücksicht auf Gebrauch und Handelbarkeit der Waare[9]); anderen Fehlern nur, wenn sie sich auf die Brauchbarkeit der Kaufsache beziehen. Doch liegt die gewöhnliche Brauchbarkeit einer Sache unter Umständen auch in ihrer Verkäuflichkeit, wenn nämlich die Sache nach Verkehrsgrundsätzen zur Veräußerung bestimmt ist[10]). Im Uebrigen entscheidet in Betreff der Brauchbarkeit nicht ein ein für allemal gleicher Maßstab, denn die Bedürfnisse der Menschen sind auch im allgemeinen Verkehr verschieden. Sie richten sich z. B. nach der gesammten sozialen Lage der Parteien[11]) und der verkehrsmäßigen Bestimmung der Sache[12]). So ergibt sich schon hier ein gewisser konkreter Maßstab für die Parteien und demgemäß für die Beurtheilung der Fehler, weil die Parteiabsichten auf der Hand liegen[13]). Nach diesem Maßstab, der nach Verkehrsgrundsätzen an das Geschäft im Allgemeinen anzulegen ist, ergibt sich das stillschweigend Selbstverständliche auch für die billig zu verlangenden Eigenschaften der Kaufsache; und was dahinter bleibt, sind Fehler.

β. Darüber hinaus werden dann ferner auch die besonderen subjektiven Intentionen der Parteien berücksichtigt, die beim Ge-

7) Unerheblich ist auch ein zwar zur Zeit großer Fehler, wenn er seiner Natur nach binnen Kurzem vorübergeht. Z. B. Unbewohnbarkeit des Hauses wegen Feuchtigkeit, wenn es ein noch nicht ausgetrockneter Neubau ist. — Anders bei zugesicherten Eigenschaften.

8) Unter Berücksichtigung von Treu und Glauben, also auch der persönlichen Bedürfnisse des Käufers. Z. B. er benutzt die nicht heizbare Villa offenbar nur als Sommerwohnung.

9) Man müßte denn den Ausdruck „Werth" in § 459 Abs. 1 auch auf „Gebrauch" der Sache beziehen, was der Satzbau allerdings nicht ausschließt, wohl aber der Sinn. Denn „Werth" würde dann in der Bedeutung mit „Tauglichkeit" nahezu synonym. Jedenfalls verlöre der Ausdruck seine technische Bedeutung.

10) Arg. § 92 Abs. 1 BGB. Das röm. Recht erwähnte die Verkäuflichkeit der Waare nicht besonders. Windscheid zählte sie (mit Unrecht) zu den Vorzügen. Dagegen Crome im civ. Archiv Bd. 78 S. 129, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 282 ff.

11) Z. B. was für den Tagelöhner nach der allgemeinen Verkehrsauffassung ohne Weiteres brauchbar erscheint, ist es noch lange nicht für den Kommerzienrath. S. Crome a. a. O. S. 283 ff.

12) Z. B. des Grundstücks als Baugrundstück oder Ackerland.

13) Z. B. wenn nach § 243 BGB. ein Pferd mittlerer Art und Güte zu liefern ist, so empfängt diese Bestimmung erst durch den hier erwähnten Maßstab ihren näheren Inhalt. Es ist ein großer Unterschied, ob ein Offizier oder ein Droschkenkutscher der Käufer ist.

schäfte obgewaltet haben können, wenn sie auch von der allgemeinen Verkehrsauffassung gründlich abweichen. Dies gilt in Ansehung des vom Käufer beabsichtigten besonderen Gebrauchs der Kaufsache[14]). Die betreffenden Fehler sind solche, welche die Tauglichkeit der Sache zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. § 459 Abs. 1. Auch hier kommt aber die Beeinträchtigung nur in Betracht, wenn sie erheblich ist. Darüber entscheidet die Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung des besonderen Standpunkts der Parteien[15]). Dagegen sind alle blos einseitigen Voraussetzungen des Käufers über die Möglichkeit des Gebrauchs der Kaufsache, auch wenn sie dem Verkäufer erkennbar waren, durchaus ohne Belang[16]); es muß sich um eine wenigstens indirekt[17]) geäußerte Vertragsklausel der Parteien über die Eignung der Sache zu diesem Gebrauche handeln[18]).

b) Weiter haftet der Verkäufer auch dafür, daß die Sache die besonders zugesicherten Eigenschaften besitzt. § 459 Abs. 2. Diese

14) Es handelt sich gegenüber dem zuletzt Gesagten nur um einen graduellen Unterschied. Wie dort gezeigt, berücksichtigt vielfach schon die allgemeine Verkehrsauffassung gewisse Gebrauchszwecke (z. B. Reitpferd, Wagenpferd, Ackerpferd, Droschkengaul 2c.). Indessen reicht das doch nicht für alle Fälle aus. Es gibt Gebrauchszwecke, die man anerkennen muß, ohne daß sie durch die Natur der Sache und die allgemeine Verkehrsauffassung bezeichnet werden. Hier beginnt das Feld des besonderen, nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauches. § 459 Abs. 1. Z. B. ein Bergpferd, Krankenwein. Eine Kuh kann sowohl zur Nachzucht (zur Gewinnung von Kälbern), als zu Milchzwecken, zur Landwirthschaft (zum Ziehen), als auch zum Schlachten gekauft sein, und muß danach verschiedene Eigenschaften haben. — Allerdings ist der Unterschied von der zuletzt (bei lit. α) aufgestellten Kategorie im Leben oft flüssig; die Fälle werden leicht ineinander übergehen. Aber das schadet nichts, weil das Gesetz keinen Unterschied darauf aufbaut. Man muß nur verstehen, was mit den Ausdrücken „gewöhnlicher" und „nach dem Vertrage vorausgesetzter Gebrauch" gesagt sein soll.

15) Also die allgemeine vernünftige Lebensauffassung, insofern sie sich in die besonderen Parteiabsichten beim Vertragsschlusse hineindenkt. Sie wird uns beantworten, welche Anforderungen im gegebenen Falle an den verlangten Krankenwein, den Hund, der bestimmte Kunststücke verstehen soll 2c., zu stellen sind, und ob diesen entsprochen ist. Aehnlich wie in der Irrthumslehre wird also auch hier schließlich das subjektive Moment noch durch ein objektives kontrollirt.

16) S. o. Note 3 i. f. Sonst wäre der Verkäufer einem redseligen Käufer gegenüber geradezu schutzlos. S. auch Dernburg § 184 Note 3 u. 4.

17) S. o. Bd. I § 86.

18) Der Geschäftsinhalt ist hier durch den übereinstimmenden Willen der Parteien über die Anforderungen der allgemeinen Verkehrsauffassung hinausgehoben. Mit seinen danach gesteigerten Anforderungen an die Sache macht der Käufer alsdann gleichfalls nur den Vertragsinhalt geltend. Was vom gewöhnlichen Standpunkt vielleicht Vorzüge wären, ist auf der so erhöhten Basis die normale Eigenschaft der Sache: deren Mangel also im Rechtssinn wiederum ein Fehler. So kommt es, daß in § 459 Abs. 1 überhaupt nur von Fehlern die Rede ist.

können ganz willkürliche sein. Sie brauchen sich nicht auf den Werth der Kaufsache oder ihre Tauglichkeit zu irgend welchem Gebrauche zu beziehen, überhaupt keine verkehrsüblichen Eigenschaften zu sein. Sondern der Verkäufer kann Vorzüge jedweder Art garantiren[19]), ebenso die Abwesenheit bestimmter Fehler oder überhaupt gewisser Eigenschaften der Sache[20]). Entscheidend ist hier die Zusicherung[21]). Daher kommen auch unerhebliche Abweichungen von der Zusicherung als Mangel in Betracht[22]).

Die Zusicherung ist Vertragsbestandtheil, daher auch der allgemeinen Vertragsform bedürftig[23]). Uebrigens muß sich die Zusicherung auf bestimmte Eigenschaften der Kaufsache beziehen. Allgemeine Erklärungen, daß die Sache „fehlerfrei" sei u. dgl., genügen nicht. Sie beziehen sich regelmäßig nur auf die allgemeine Haftung des Verkäufers[24]). Noch weniger kommen vage Anpreisungen der Sache in Betracht, die gewöhnlich von Verkäufern zur Empfehlung ihrer Waaren abgegeben werden, und ohne den Anspruch der Glaubwürdigkeit auftreten[25]).

2. Die hiernach in Betracht kommenden Mängel müssen, um zur Gewährleistung zu führen, in dem Augenblicke vorhanden sein, da die Gefahr auf den Käufer übergeht[26]). § 459 Abs. 1 u. 2[27]).

---

10) Z. B. der Schönheit oder der Bequemlichkeit ꝛc.

20) Wenn dann die betreffenden Vorzüge fehlen oder die für abwesend erklärten Eigenschaften dennoch vorhanden sind, so ist dies ein Mangel der Sache im Sinne des Gesetzes.

21) Auf Grund derselben geht denn auch hier die Haftung des Verkäufers weiter als in den obigen Fällen (vgl. §§ 460, 463, 468, 477, 480 BGB.). S. o. § 220 Ziff. 2, 5 sowie den gleich folgenden Paragraphen. Der Käufer darf der Garantie vertrauen, wo er sich sonst die Sache selbst ansehen müßte.

22) § 459 Abs. 2 BGB. im Gegensatz zu Abs. 1. Doch folgt daraus nicht, daß auch die kleinste Abweichung von der gemachten Zusicherung gerügt werden könnte. Denn die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr und des Verbotes von Chikane (§§ 226, 242 BGB.) gelten auch hier.

23) Eccius a. a. O. S. 309. A. M. Dernburg § 184 Ziff. III. Aber in dem Textsatze liegt gerade ein Hauptunterschied der Zusicherung von dem blos nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch der Kaufsache (s. o. Note 17). Dort genügt formlose Abrede über die Eignung zu dem betreffenden Gebrauch. Der Billigkeit wird dadurch genügend gedient. Dagegen wäre es unbillig und inkonsequent, z. B. den Grundstücksverkauf (§ 313 BGB.) an eine Form zu binden und die Angabe des Flächeninhalts des Grundstücks (als eine nach § 468 BGB. zugesicherte Eigenschaft) von der Form freizulassen.

24) S. auch Dernburg § 184 Ziff. I.

25) So schon im älteren Recht. S. o. § 220 Note 13 i. f.

26) Ueber den betreffenden Zeitpunkt s. die Ausführungen § 213. Also der (nach § 220 Ziff. 7) vom Käufer zu führende Beweis muß sich auf diesen Zeitpunkt beziehen.

27) Anders im röm. Recht, wo die Zeit des Kaufabschlusses entschied, und

Nur der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung setzt bei Speziesküufen ein Vorhandensein des Mangels schon zur Zeit des Kaufabschlusses voraus. Denn sonst läge die hier vorausgesetzte Kontraktwidrigkeit nicht vor. Bei Genusküufen bleibt es auch hier dabei, daß der Mangel im Augenblicke des Gefahrübergangs auf den Käufer vorhanden sein muß. Denn vorher bezieht sich das Schuldverhältniß noch auf keine bestimmte Sache. S. §§ 463, 480 Abs. 2 BGB.[28]). — Anderseits fällt, wie wir schon sahen,

a) die Gewährleistungspflicht des Verkäufers hinweg, wenn der zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandene Mangel dem Käufer in diesem Augenblicke schon bekannt war[29]).

b) Es ist dem Verkäufer das Recht nicht zu bestreiten, den Mangel auch noch Eintritt des Gefahrübergangs noch binnen angemessener Frist zu beseitigen[30]). Folglich kann Käufer den Mangel auch nicht rügen, wenn er binnen solcher Frist von selbst verschwindet[31]).

c) Schließlich sind Zusicherungen über Eigenschaften auch in dieser Beziehung nach ihrem Sinne auszulegen (§§ 133, 157 BGB.), z. B. wenn sie ihrer Natur nach wandelbare Verhältnisse betreffen[32]).

§ 222.

ββ. Die Gewährleistungsansprüche.

Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache ist, wie gezeigt, nach den Umständen eine verschiedene[1]). Der Käufer hat regelmäßig das Recht auf Wandelung des Kaufs oder Minderung des

---

nach Preuß. A.LR. (I Tit. 11 §§ 192 ff.), wo der Zeitpunkt der Uebergabe maßgebend war. Aber beide Momente sind mehr oder weniger willkürlich. Z. B. bei Aussonderung der Waare aus einem Vorrath, oder bei Versendung.

28) Wegen der nach dem kritischen Zeitpunkt eintretenden Mängel s. o. § 220 Note 33.

29) S. § 463 BGB. u. oben § 220 Ziff. 6.

30) S. § 220 Note 24.

31) S. auch schon oben Noten 7 ff. Dernburg § 184 Ziff. IV i. f.

32) Z. B. daß das verkaufte Haus so und soviel Miethe einbringt. Ist ein Miethvertrag zur Zeit des Gefahrüberganges erloschen, so wird man nicht unbedingt sagen können, daß die Zusicherung sich nicht bewahrheitet habe. (Es kann so sein, z. B. wenn jener Miethvertrag mit den allgemeinen Miethspreisen nicht in Einklang stand und dem Käufer davon nichts mitgetheilt und nichts bekannt war, oder wenn die Verhältnisse der alsbaldigen Wiedervermiethung entgegenstehen.) Ganz gleichgültig ist m. E., ob einer der Miether zur Zeit des Gefahrüberganges in Konkurs gefallen ist; denn nur auf den Bestand, nicht auf die Beitreibbarkeit des Miethzinses ist auch (mangels besonderer Abmachung) in diesem Falle zu sehen.

1) S. o. § 220 bes. Ziff. 5.

Kaufpreises. Beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften der Sache oder Arglist des Verkäufers statt dessen auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung; bei Gattungskäufen eventuell auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache. §§ 462, 463, 480 BGB. Diese wahlweisen Ansprüche[2]) sind jetzt im Einzelnen zu erörtern.

I. Die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung.

1. Begriff und Vollzug der Wandelung oder Minderung.

a) Die Wandelung[3]) ist ein Recht des Käufers[4]) gegen den Verkäufer auf Rückgängigmachung des Kaufs (§ 462 BGB.) nach Art des Rücktritts vom Vertrage[5]), also so, daß die empfangenen Leistungen gegenseitig zurückzugewähren sind[6]), während die noch nicht erfüllten Verpflichtungen hinwegfallen. Daß der Rücktritt hier nicht durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Käufers erfolgen kann, erklärt sich aus der regelmäßigen Bestrittenheit der Sachlage[7]) und aus dem Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung und Minderung des Kaufpreises (s. u.). Man hat dem Käufer einen Anspruch auf Wandelung gegeben, der seiner Natur nach gegen den Verkäufer erzwungen, aber auch von diesem außergerichtlich erfüllt werden kann. Ja letzteres erscheint heutzutage gerade als das Normale[8]) und wird daher vom Gesetz in erster Linie begünstigt.

Die freiwillige Erfüllung des Wandelungsanspruchs setzt ein vertragsmäßiges Zusammenwirken der Parteien voraus. § 465 BGB.

2) Man darf sich aus § 459 BGB. nicht zu der Annahme verleiten lassen, die Gewährleistungspflicht beginne erst im Augenblicke des Gefahrübergangs auf den Käufer. Der Verkäufer haftet vielmehr sofort dafür, daß die Sache im kritischen Zeitpunkt nicht mit den beregten Mängeln behaftet ist. Steht dies schon früher fest (z. B. weil eine unbehebbare Beschädigung hervorgetreten ist), so ist die Haftung des Verkäufers auch schon früher begründet, z. B. kann eine bedungene Vorauszahlung des Kaufpreises aus Wandelungsgrundsätzen abgelehnt werden. A. M. Dernburg § 185 zu Note 1. — Ebenso kann der Wandelungsanspruch mit gleichzeitiger Weigerung der Annahme der fehlerhaften Sache verbunden werden. Denn unter Vorbehalt anzunehmen — wie § 464 BGB. diesenfalls zur Erhaltung der Gewährleistungsansprüche verlangt — kann dem Käufer nicht zugemuthet werden. (Eine exceptio non adimpleti contractus ist dies nicht. Vgl. o. § 169 Note 13. Das Gebiet der letzteren beginnt erst bei kontraktwidriger Leistung.)

3) S. über den Zusammenhang mit der sog. actio redhibitoria oben § 220 Note 11 ff. u. 38.

4) Für mehrere Käufer ist der Wandelungsanspruch untheilbar. Ebenso gegen mehrere Verkäufer. S. §§ 356, 467 BGB.

5) Darauf weist § 467 BGB. ausdrücklich hin.

6) Und zwar Zug um Zug (§ 348 BGB.) sowie mit Wirkung ex tunc soweit dies beim vertragsmäßigen Rücktrittsrecht der Fall ist. S. o. §§ 174 ff. u. unten Ziff. 2.

7) Ob hinreichende Mängel der Kaufsache vorliegen. S. o. § 220 Note 39.

8) S. o. Bd. I § 35 bes. Note 10.

Mit Erklärung des Einverständnisses ist die Wandelung „vollzogen", d. h. der Effekt herbeigeführt, wie wenn sonst der Rücktritt vom Vertrage erklärt ist[9]). Infolge dessen haben nunmehr beide Parteien gegeneinander die aus der Rückgängigmachung des Geschäftes sich ergebenden Ansprüche, während weitere Erfüllung der noch ausstehenden Vertragsverbindlichkeiten nicht verlangt werden kann[10]).

Ist Verkäufer zum freiwilligen Einverständniß in die Wandelung[11]) nicht zu bewegen, so kann der Käufer den Wandelungsanspruch gerichtlich geltend machen[12]) und muß ihn dann, wie jeden gerichtlich erhobenen Anspruch, in seinen thatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen begründen und die Wandelung beantragen. Auf letztere erkennt dann gegebenenfalls das Gericht, in welchem Fall auch hier die Wandelung vollzogen ist[13]). Die Durchführung der Wandelung ist hier nichts Anderes als Durchführung des Urtheils[14]). Einer erneuten Klage auf Rückgabe der vom Käufer gemachten Leistungen bedarf es nicht. Der gerichtlich gestellte Antrag auf „Wandelung" ist regelmäßig als Antrag auf Feststellung des Wandelungsrechts und Rückgabe des Kaufpreises ꝛc. gegen Empfang der Kaufsache zu verstehen[15]).

---

9) Arg. §§ 465, 467 BGB. S. o. § 174. Dies ist neues Recht. An Stelle der alten actio redhibitoria haben wir folgende Stufenleiter:
a) aus dem Mangel der Kaufsache ergibt sich der Wandelungsanspruch;
b) aus diesem der Abschluß des Wandelungsvertrages (Vollzug der Wandelung), und hieraus wieder
c) das Recht auf Durchführung der Wandelung nach den Regeln des bedungenen Rücktrittsrechts von einem Vertrage.

10) S. o. § 174 Ziff. 5.

11) Also zum Abschluß des Wandelungsvertrages.

12) Wie nicht freiwillig befriedigte Ansprüche überhaupt. Auf diesem Wege kommt es dann noch zur Wandelungsklage. Diese ist wahre Klage, also Prozeßhandlung. Nicht ist sie zu denken als ein in Prozeßform gekleideter Wandelungsantrag im obigen Sinne. Es kann nicht davon die Rede sein, daß das demnächstige rechtskräftige Urtheil, das auf Wandelung erkennt, im Sinne des § 894 CPO. das Einverständniß des Beklagten in die Wandelung ersetze. Diese Konstruktion, die sich auch in den Prot. (Bd. 1 S. 680) findet, ist verkünstelt und führt zu unrichtigen praktischen Ergebnissen. S. auch Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 27.

13) Selbstverständlich mit Rückwirkung im Sinne des § 467 BGB. Das Urtheil ist also auch hier lediglich deklarativ. Es erkennt, daß das Wandelungsbegehren des Klägers ein berechtigtes war. — Das einseitige Wandelungsbegehren bedarf (im Gegensatze zur gewöhnlichen Rücktrittserklärung) der prozessualen Geltendmachung und gerichtlichen Konstatirung seiner Zulässigkeit durch Urtheil.

14) Es bedarf dazu keineswegs immer der Zwangsvollstreckung. Der Beklagte fügt sich häufig dem Urtheil. — Andernfalls s. wegen der erforderlichen Zug- um Zugleistungen §§ 726, 756, 765 CPO.

15) Wie man auch früher ähnlich schon in anderen Fällen (Rescissions- und Restitutionsklagen) das iudicium rescindens mit dem rescissorium verbinden konnte. Dies ist hier geradezu das Normale. Wer sich auf bloße Feststellung der Wandelungsbefugniß beschränken wollte, müßte dies in seinem Antrag deutlich

b) Entsprechend ist die Minderung[16]) ein Anspruch des Käufers wider den Verkäufer auf Herabsetzung des Kaufpreises (§ 462) im Verhältniß der Erheblichkeit des Mangels[17]). Die Regeln der Herabsetzung werden vom Gesetze gegeben. §§ 472 ff. BGB.[18]). Der Anspruch des Käufers geht also schlechthin auf Minderung und zunächst (wie oben) auf freiwilligen Abschluß des Minderungsvertrages. Mit Einverständniß des Verkäufers ist die Minderung „vollzogen". § 465. Die Einigung der Parteien kann, muß sich aber nicht auf einen bestimmten Minderpreis erstrecken[19]). Die Einigung kann sich darauf beschränken, was überhaupt geschehen soll[20]). Umgekehrt kann der Minderungsvertrag auf eine bestimmte Summe ohne Berücksichtigung der gesetzlichen Regeln[21]) geschlossen werden[22]), und zwar auch indirekt[23]) indem z. B. der Verkäufer den ihm vom Käufer gebotenen Minderpreis freiwillig annimmt. Abgesehen davon folgt aus dem Abschluß des Minderungsvertrages Wegfall der Verpflichtung des Käufers auf einen höheren als den Minderpreis[24]); war der Kaufpreis bereits bezahlt, ein Anspruch des Käufers auf entsprechende Rückgewähr des zuviel Gezahlten[25]).

zum Ausdruck bringen und man würde es nicht einmal stets für zulässig erachten können. Denn wozu derart gehäufte Prozesse?! Viel zu viel Schwierigkeiten (auf Grund der verfehlten, oben Note 12 reprobirten Konstruktion der Wandelungsklage) machen sich Dernburg § 185 zu Note 11 ff., Emerich § 17 u. A. S. auch die Analogie der Minderungsklage unten Note 29 ff.

16) Ueber den Zusammenhang mit der sog. actio quanti minoris s. o § 220 Note 11 ff. u. 38.

17) Die Minderung ist nicht wie die Wandelung (oben Note 4) untheilbar. Sie kann von einem Käufer gegen nur einen Verkäufer verlangt werden.

18) Daraus ergibt sich auch hier ein feststehendes, wenn auch durch (nöthigenfalls richterliche) Berechnung zu ermittelndes Resultat. Das Resultat steht jedenfalls nicht mehr und nicht weniger fest, wie in den Fällen, wo Schadenersatz begehrt werden kann. Dies ist für das Folgende festzuhalten.

19) A. M. ohne genügende Gründe und ohne Festlegung im Gesetze selbst, Prot. Bd. 6 S. 181. Ebenso Planck § 465 Note 2.

20) Zur Konsumtion des Wahlrechts des Käufers zwischen beiden Rechtsbehelfen. S. darüber noch unten lit. c. — Im Fall des Textes ist der Betrag des Minderpreises eventuell immer noch im Prozeßwege festzusetzen, falls die Einigung nicht nachträglich darauf erstreckt wird. Der Minderungsvertrag in blanco kann aber nicht als unzulässig bezeichnet werden. Auch § 466 BGB. führt ein ähnliches Ergebniß herbei. Den gehörigen Minderpreis bestimmt das Gesetz. § 472 ff. BGB. u. unten Ziff. 3.

21) §§ 472 ff. BGB.

22) Vorbehaltlich der allgemeinen Bestimmungen, z. B. der gesetzlichen Wucherschranken.

23) S. Bd. I § 86.

24) Mag er im Vertrage bestimmt oder eventuell (nach Note 20) noch zu bestimmen sein. Letzterenfalls wird sich der Käufer mit der Zahlung einstweilen ganz oder bis zum prima facie geeigneten Betrag zurückhalten können.

Ist der Verkäufer zum Abschluß des Minderungsvertrags nicht zu bewegen, so kann er auf Minderung verklagt werden[26]), mit dem Erfolge, daß das gerichtliche Urtheil den Vollzug der Minderung herbeiführt[27]). Die Durchführung der Minderung ist auch hier Durchführung des Urtheils[28]). Die Minderungsklage muß stets auf einen bestimmten Betrag (Minderpreis) gerichtet werden[29]) und das Urtheil auf einen solchen Betrag lauten: der aber selbstverständlich nicht mit dem Klageantrag übereinzustimmen braucht, sondern auch unter theilweiser Abweisung der Klage auf einen dem Kläger ungünstigeren (also höheren) Betrag lauten kann[30]).

c) Das Wahlrecht des Käufers zwischen Wandelung und Minderung wird außergerichtlich durch Abschluß des Wandelungs- oder Minderungsvertrages (§ 465) konsumirt. Die Erklärung des Käufers, daß er das Eine odere Andere beabsichtige, ist nicht bindend[31]), kann also vor ertheilter Zustimmung des Verkäufers[32]) zurückgenommen werden. Ebensowenig führt die Anstellung der Wandelungs- oder Minderungsklage ein bindendes Ergebniß herbei, solange die Klage nach prozessualen Grundsätzen zurückgenommen werden kann. S. § 271 CPO. Also nach Einlassung des Beklagten nur mit dessen Zustimmung. Und selbst der so beschränkten Rücknahme setzt das Urtheil ein Ziel, das auf die Wandelung oder Minderung erkennt[33]).

---

25) Mag der Betrag auch noch zu ermitteln sein. Aehnlich wie bei einem Schadensersatzanspruch, dessen Höhe noch festzustellen ist. S. o. Note 18.

26) Entsprechend dem oben Note 12 ff. bei der Wandelung Gesagten.

27) D. h. feststellt, wieviel der Käufer nach Lage der Sache zu bezahlen hat. S. u. Ziff. 3.

28) S. o. Note 14 und die Ausführungen bei Note 24—25.

29) Thatsächlich liegt der Fall wie bei einer Klage auf Schadensersatz, die man auch nur unter besonderen Voraussetzungen vorbehaltlich der Liquidation des Schadensbetrages erheben darf (Entsch. d. RG. Bd. 21 S. 382). Auch wird man hier kaum jemals sagen können, daß Käufer nicht sofort in der Lage sei, seinen Antrag auf einen bestimmten Minderpreis zu richten.

30) Hier macht die verfehlte Grundlage (s. o. Note 12) der Theorie wieder Schmerzen. Soll denn etwa (wenn man den Satz des Textes nicht annimmt) Abweisung der Klage erfolgen, worauf Kläger noch einmal klagen könnte? Dies widerspräche der Analogie bei Schadensersatzansprüchen und wäre einfach absurd. S. hierzu Eccius a. a. O., Dernburg § 185 Note 11.

31) Im Gegensatz zur Regel bei gewöhnlichen Vertragsanträgen. S. o. Bd. I § 89. Die dortigen Gründe für die Antragsgebundenheit passen nicht auf das vorliegende Gebilde. Zustimmend Dernburg § 185 Ziff. V i. f. A. M. Planck zu § 465 Note 1 u. a.

32) Dazu gehört Eingang der Antwort beim Käufer. S. o. Bd. I § 88.

33) Alternative Einklagung beider Ansprüche hält Cosack § 127 II Ziff. 2 i. f. für zulässig. Dagegen Dernburg § 185 Note 9. Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 27.

α. Das solange hinausgeschobene Variationsrecht des Käufers ist für den Gegner nicht ohne Bedenken. Das Gesetz hilft ihm daher mit oft erprobtem Mittel. Der Verkäufer darf dem Käufer, sobald dieser ihm gegenüber einen Mangel der Kaufsache behauptet[34]), mit Erklärung der Bereitwilligkeit zur Wandelung eine angemessene Frist zur Erklärung setzen[35]), ob er Wandelung verlange. In diesem Falle kann der Käufer sich für Wandelung nur noch bis zum Ablauf der Frist entscheiden[36]). Darüber hinaus braucht der Verkäufer sich nicht mehr darauf einzulassen[37]). Mit Ablauf der Frist hat er also Gewißheit, daß es zur Wandelung nicht mehr kommt[38]). Die anderen Rechte des Käufers bleiben unberührt[39]). § 466 BGB.

β. Kraft Gesetzes ist die Wandelung ausgeschlossen[40]) bei Grundstückskäufen, wenn dem Käufer eine bestimmte Größe des Grundstücks zugesichert war[41]) und der Vertrag in Folge der Größendifferenz nicht jedes Interesse für den Käufer verloren hat[42]). § 468[43]). Andernfalls braucht er regelmäßig bei Mindermaß des Grundstücks nur entsprechend weniger zu zahlen[44]), bei größerem Flächeninhalt nicht auch entsprechend mehr[45]). Ist an-

---

34) Bloße Erklärung zur Kenntnißnahme! Wann sie vorliegt, ist Thatfrage. Ob aber schon im Schweigen auf eine diesbezügliche Anfrage des Verkäufers (Planck § 466 Note 2), dürfte zweifelhaft sein. Es kann darin z. B. eine Billigung der Kaufsache liegen, namentlich in Ansehung von Mängeln, die der Käufer kennt.

35) Es gelten entsprechend die Ausführungen oben § 151 Note 8 ff.

36) Durch gewöhnliche außergerichtliche Erklärung oder Zustellung der Wandelungsklage.

37) Er darf noch immer einen Wandelungsvertrag mit dem Käufer abschließen. Es handelt sich um eine Schutzvorschrift für den Verkäufer.

38) Dadurch wird auch unlauteren Spekulationen des Käufers, z. B. je nach der Konjunktur beim Kaufe stehen zu bleiben oder nicht, begegnet.

39) Z. B. statt der Minderung kann er eventuell Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. S. § 463 BGB. u. unten Ziff. II. Der Verkäufer, welcher kontraktwidrig handelte, genießt den Schutz des § 466 nicht.

40) Beim Viehhandel (unten § 224) umgekehrt das Recht der Minderung.

41) Ob Zusicherung vorliegt, ist Auslegungsfrage. Vgl. ehemals l. 2 pr., l. 4 § 1 l. 6 pr., l. 13 § 14, l. 22, 42 Dig. de A. E. V. 19, 1; Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 207 ff. — Auch im Textfalle hat der Käufer wegen der Zusicherung das Recht auf Schadensersatz (s. u. Ziff. II).

42) Z. B. wenn das Grundstück für den geplanten Bau unzureichend ist. — Den Mangel seines Interesses muß der Käufer beweisen, wenn er wandeln will.

43) Auch hier handelt es sich um eine Schutzvorschrift für den Verkäufer. Dieser kann also die Wandelung auch in weiterem Umfange bewilligen. — Auf den Verkauf beweglicher Sachen ist § 468 nicht anwendbar.

44) Schon nach Minderungsgrundsätzen. Eventuell führt aber der Gesichtspunkt des Schadensersatzes (Note 41) zu noch größeren Kompensationen.

45) Auch das Bestehenbleiben des bedungenen Kaufpreises ist hier virtuell

zunehmen, daß der Verkäufer auf dieser Basis nicht verkauft haben würde[46]) und verlangt er eine entsprechende Preissteigerung, so muß der Käufer sie sich gefallen lassen oder aus dem obigen Gesichtspunkt Wandelung verlangen[47]).

γ. Stehen auf der einen oder anderen Seite mehrere Personen, so kann Wandelung nur von Allen und gegen Alle verlangt werden[48]). §§ 356, 467 BGB. Die Wahl ist also erst mit Hereinziehung aller Betheiligten[49]) konsumirt. Dagegen kann die Minderung von jedem einzelnen Betheiligten gegen den Anderen für dessen Antheil durchgesetzt werden[50]). Der theilweise Vollzug der Minderung[51]) schließt auch für die anderen Betheiligten das Wahlrecht aus[52]). § 474.

δ. Durch den Vollzug der Minderung erlischt nicht das Kaufgeschäft, sondern es modifizirt sich nur dessen Inhalt. In Folge dessen kann, wenn mehrere Mängel der Kaufsache vorliegen und nur wegen eines derselben der Kaufpreis gemindert wurde, hinterher noch unter Berufung auf andere Mängel eine weitere Minderung[53]) oder die Wandelung verlangt werden[54]). § 475 BGB. Gleichgültig ist, ob der zweite Mangel erst nach Vollzug der Minderung entdeckt wurde[55]); es sei denn, daß im Verschweigen ein Verzicht des Käufers auf Geltendmachung dieses Mangels[56]) oder ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt[57]). Der Vollzug der erneuten Wandelung oder Minderung erfolgt nach den gewöhnlichen Regeln[58]).

---

entweder Minderung oder ergibt sich aus Schadensersatzgrundsätzen (s. die vor. Note). Art. 1616 Code Nap. gab detaillirtere Bestimmungen.

46) Z. B. weil dadurch für den Quadratmeter ein unannehmbarer Preis herauskäme.

47) Z. B. wenn eine ganz erhebliche Preissteigerung herauskäme.

48) Wegen Untheilbarkeit der Wandelung. S. schon oben Note 4.

49) Durch Abschluß des Wandelungsvertrags oder Verwickelung in den Prozeß in der oben vor Note 34 bezeichneten Weise.

50) Ueber die Theilbarkeit der Minderung s. schon oben Note 17.

51) Im Sinne des § 465 BGB. oder durch Eintritt des entsprechenden prozessualen Zeitpunkts (s. Note 49).

52) Da Wandelung und Minderung nicht nebeneinander stattfinden können, führt die Konsumtion des Wahlrechts für einen Einzelnen die Konsumtion für Alle herbei. Auch diese können nur noch für ihren Antheil mindern.

53) Wogegen selbstverständlich, wenn einmal Wandelung stattgefunden hat, keine weitere Wandelung oder Minderung möglich ist.

54) Ebenso Schadensersatz wegen Nichterfüllung (wenn die Voraussetzungen vorliegen). S. u. Ziff. II.

55) Oder nach Ausübung der Rechte aus dem Minderungsvertrage. — Vgl. Hanausek, Haftung des Verkäufers S. 171 u. Cit.

56) S. o. § 220 zu Note 60. Dernburg § 187 Note 8.

57) Hanausek a. a. O.; Oertmann § 475 Note 1b.

58) Ueber die Berechnung der zweiten Minderung s. u. Ziff. 3 am Ende.

2. Folgen der Wandelung.

In Folge der Wandelung[59]) kann Erfüllung der beiderseitigen Verpflichtungen der Parteien aus dem Kaufvertrage nicht weiter verlangt werden[60]). Soweit bereits geleistet worden ist, entstehen Verpflichtungen auf Rückgewähr nach Art derjenigen aus dem vollzogenen Rücktritt von einem Vertrage[61]). § 467 BGB. u. Cit. Die Rückgewähr bezieht sich also auch auf die Vortheile der Zwischenzeit. Soweit beiderseits schon geleistet war, hat die Rückgewähr Zug um Zug zu erfolgen[62]).

a) Hierbei ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß die zurückzugewährende Kaufsache nicht mehr vorhanden, oder daß sie umgearbeitet oder verschlechtert ist[63]). Darin liegt für den Käufer eine völlige oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung, welche die Wandelung unter Umständen noch ausschließt, nach den Grundsätzen des Rücktritts vom Vertrage[64]). Hieraus ergibt sich, daß zufälliger Untergang der Kaufsache in der Hand des Käufers die Wandelung nicht ausschließt[65]). Ebenso verhält es sich bei zufälliger Verschlechterung[66]). Wohl aber ist die Wandelung ausgeschlossen, wenn der Käufer den Untergang, eine wesentliche Verschlechterung der Kaufsache oder die sonstige Unmöglichkeit der Rückgabe verschuldet hat[67]); ingleichen wenn er die Sache umgestaltet hat[68]), sofern sich der Mangel nicht gerade erst bei der Umgestaltung oder in Folge derselben zeigte[69]). § 467 BGB.[70]). — Falls die Kaufsache durch

---

59) Des Wandelungsvertrags oder des entsprechenden Urtheils. S. o. Ziff. 1.

60) Auf Grund des Wandelungsvertrags ist ein Erlöschen der beiderseitigen Forderungen, wie beim Erlaß, anzunehmen. Bei Wandelung durch Urtheil kann sich jede Partei nach gewöhnlichen Grundsätzen auf das Urtheil berufen.

61) Von Seiten beider Parteien. Also auch der Verkäufer kann die Folgen der Wandelung geltend machen.

62) Arg. § 348 BGB. Jede Leistung kann bis zur Bewirkung der gegnerischen verweigert werden. Die klageweise Verfolgung führt zur Zug- um Zugverurtheilung. S. § 322 BGB. u. oben Note 14.

63) Häufig zeigt sich der Mangel gerade erst bei der Verarbeitung der Sache. Dieser Fall wird in § 467 besonders ausgezeichnet.

64) S. §§ 467, 350 ff. BGB. u. oben § 175 Ziff. 1.

65) Arg. § 350 BGB. Z. B. der verkaufte Jagdhund ist beim Käufer verendet. Dies ist altes Recht. S. schon l. 31 § 11, l. 38 § 3 Dig. de aed. ed. 21, 1. „Mortuus redhibetur." War die Wandelung durch Urtheil angeordnet, welches die Zug- um Zugleistung aussprach, so ist neue Klage zu erheben. Siehe Dernburg § 186 Note 2.

66) Es trägt also der Verkäufer die Gefahr. S. o. § 175 Note 9.

67) S. § 351 BGB. u. oben § 175 zu Note 4 ff. u. Cit. — Ebenso seine gesetzlichen Vertreter und Hülfspersonen (§ 278 BGB.).

68) Arg. § 352 BGB. S. jedoch hier die Aenderung des § 467.

mehrere Hände ging, ist die Wandelung ausgeschlossen, wenn bei einem Erwerber, in dessen Hand die Sache kam, einer der obigen Ausschlußgründe der Wandelung eingetreten ist[71]). Abgesehen davon thut die Weiterveräußerung dem Wandelungsrechte keinen Eintrag: im Wege desselben geht die Sache schließlich bis zum ersten Verkäufer wieder zurück[72]).

Schließlich wird der Käufer der Rechte aus der Wandelung verlustig, wenn er mit der Rückgewähr des Kaufgegenstandes[73]) in Verzug kommt[74]). In diesem Falle kann ihm nämlich der Verkäufer eine angemessene Frist für die Rückgabe mit der Erklärung bestimmen, daß er nach Ablauf der Frist die Rücknahme der Sache ablehne[75]). In diesem Fall wird die vollzogene Wandelung unwirksam in dem Sinne, daß ihre Folgen nicht weiter gezogen werden können. Dagegen ist der Vollzug nicht ungeschehen zu machen, d. h. der Käufer erhält sein Wahlrecht auf Minderung des Kaufpreises nicht zurück[76]). Es verbleibt also beim Inhalt des Kaufes[77]).

Aus der Untheilbarkeit des Wandelungsrechts folgt auch, daß sein Wegfall bei einem Käufer gegen Alle wirkt[78]).

Uebrigens können besondere Bestimmungen des Wandelungsvertrags diese Ergebnisse modifiziren[79]).

---

69) Letzteres enthält § 467 BGB. nicht ausdrücklich; es ist aber sicherlich daraus zu folgern. Dernburg § 186 zu Note 5. Z. B. die gekaufte Saat erweist sich als nicht keimfähig, das verarbeitete Bauholz zeigt hinterher den Schwamm. — Die Verarbeitungskosten sind hier wie Verwendungen auf die Kaufsache zu behandeln. S. u. lit. b.

70) Den Beweis der Ausnahme hat der Käufer, der wandeln will, zu führen.

71) Arg. § 358 BGB. In diesem Falle kann der Betreffende nicht mehr gegen seinen Vormann ꝛc., der erste Käufer aber auch nicht gegen den ursprünglichen Verkäufer wandeln. Der erste Käufer wird dadurch auch regelmäßig nicht benachtheiligt, da er ja auch seinem Nachmann nicht mehr gewährleistungspflichtig ist.

72) Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 65. — Nur durch die kurze Verjährung des Wandelungsanspruchs kann sich dies komplizirен. S. dazu unten § 223 bes. Note 21.

73) Mit dem ganzen oder einem erheblichen Theile. §§ 354, 467 BGB. Vgl. o. § 175 Ziff. 2a, deren Detail für das Folgende zur Anwendung kommt.

74) Nach Anleitung des § 354 BGB. — Kommt der Verkäufer mit der Rückgewähr in Verzug, so hat der Käufer die allgemeinen Rechte der §§ 169 ff. oben.

75) S. o. § 175 Note 26, § 171 Note 9 ff.

76) A. M. Planck § 467 Note 2g. Aber dann brächte dem Käufer sein Verzug noch Vortheile und alle oben Ziff. 1c erwähnten Schutzmaßregeln gegen schrankenlose Ausdehnung des Wahlrechts würden illusorisch.

77) Vorbehaltlich der Entdeckung neuer Mängel. S. § 475 u. oben Ziff. 1d.

78) S. §§ 467, 356 BGB. u. oben bei Note 48.

79) Innerhalb der allgemeinen Grenzen des Vertragsrechts. Jedenfalls sind §§ 351 ff. BGB. in Anwendung auf unseren Fall nicht zwingend.

b) Die Verpflichtungen des Verkäufers aus der Wandelung gehen auf Rückgabe des empfangenen Kaufpreises mit Zinsen vom Tage des Empfangs[80]); ferner auf Ersatz der Vertragskosten[81]). § 467 BGB. Verwendungen des Käufers auf die Kaufsache sind diesem nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu vergüten[82]). Dies ergibt, daß nothwendige Auslagen regelmäßig, andere selbst dann nicht zu erstatten sind, wenn Käufer sie zu einer Zeit machte, da ihm der Mangel der Kaufsache noch nicht bekannt war oder sein konnte[83]).

Die Verpflichtungen des Käufers aus der Wandelung gehen auf Rückgabe der empfangenen Kaufsache[84]) nebst Zuwachs, sowie auf Erstattung der Nutzungen, die Käufer aus der Sache gezogen hat oder nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft hätte ziehen können[85]). — Der Käufer hat regelmäßig da zurückzugeben, wo die betreffenden Gegenstände sich ohne sein Verschulden befinden[86]). Eine Zusendung auf seine Gefahr und Kosten kann aber der Verkäufer verlangen[87]).

c) Besondere Schwierigkeiten macht der Fall, wenn von mehreren verkauften Sachen nur eine oder einige mangel haftsind. §§ 469 ff.

---

80) Arg. §§ 347, 467 BGB. Wegen des Erfüllungsorts s. Entsch. d. RG. Bd. 27 S. 393, 397 ff. u. Cit. Es entscheidet das Prinzip der Zug- um Zugleistung und der Erfüllungsort des Käufers (s. u. bei Note 86).

81) Einschließlich der Steuern und Grundbuchgebühren. — Weil Verkäufer zur Wandelung Anlaß gab. Sonst kann mit der Wandelung keinerlei Ersatz verlangt werden. — Eine deliktische Schädensklage, z. B. wegen fahrlässiger Brandstiftung oder Erregung von Krankheiten durch die gelieferte mangelhafte Waare, kann aber daneben erhoben und auch (prozessualisch) zu einem Verfahren verbunden werden.

82) Arg. §§ 467, 347, 994 Abs. 2, 683 ff. BGB. (Die Verweisung ist eine vierfache.) Vgl. hier oben § 174 i. f. u. § 160 Note 15.

83) Dies ist für den Käufer unter Umständen sehr hart. Er muß erwägen, ob er nicht lieber mit Rücksicht darauf Preisminderung verlangen will. — Dagegen gilt der allgemeine Satz, daß fructus non intelliguntur nisi deductis impensis (s. o. Bd. I § 69 Ziff. 6) natürlich auch in diesem Falle.

84) Soweit diese nicht mehr vorhanden (und die Wandelung dadurch nicht nach lit. a ausgeschlossen) ist, nach allgemeinen Grundsätzen (§ 281 BGB.) auf Herausgabe des Surrogats oder Abtretung der Surrogatsansprüche. — Im Uebrigen haftet der Käufer auf Aufbewahrung und Erhaltung der Kaufsache wie wenn die Rechtshängigkeit des Anspruchs auf Rückgewähr mit dem Vollzug der Wandelung eingetreten wäre. Arg. § 347 BGB. u. oben § 174 zu Note 82 ff.

85) Arg. §§ 467, 347, 987 BGB.

86) Dies folgt (nach § 269 BGB.) aus den Umständen resp. der Natur des Schuldverhältnisses aus der Wandelung, dessen Veranlassung (Note 81) beim Verkäufer liegt. Das Schuldverhältniß ruht durchaus auf dem Prinzip der Billigkeit. Zustimmend Dernburg § 186 III Ziff. 4.

87) Dadurch wird der Erfüllungsort nach § 269 Abs. 3 nicht verändert.

BGB. An sich erstreckt sich hier die Wandelung nur auf die mangelhafte Sache, auch wenn für die mehreren Sachen ein Gesammtpreis bedungen ist[88]). Aus der Einheit des Preises folgt noch keine Einheit des Kaufgegenstandes. Aber aus anderen Anhaltspunkten kann sich eine solche Einheit oder Zusammengehörigkeit der verkauften Objekte ergeben[89]), sodaß es gegen die Parteiabsicht und überhaupt gegen wirthschaftliche Interessen verstieße, die Sachen im Wege der Wandelung zu trennen. In diesem Falle kann die Wandelung nur ganz oder gar nicht ausgeübt werden. So erstreckt sich die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache von selbst auf die Nebensache[90]), nicht aber umgekehrt[91]). § 470. Im Uebrigen entscheidet, ob die mehreren Sachen als zusammengehörend verkauft sind[92]) und ob die Trennung der mangelhaften von den anderen Sachen nicht ohne Nachtheil für die eine oder andere Partei geschehen kann[93]). § 469 BGB. Beim Vorliegen dieser doppelten Voraussetzung kann die durch die Trennung benachtheiligte Partei Erstreckung der Wandelung auf alle Sachen verlangen[94]). D. h. es kann diesenfalls der Käufer in Ansehung aller Sachen wandeln, der Verkäufer verlangen, daß der Käufer sein Wandelungsrecht in Ansehung aller Sachen oder keiner ausübe.

Erstreckt sich die Wandelung hiernach nur auf einzelne Sachen, welche mit anderen für einen Gesammtpreis verkauft sind, so ist schließlich noch der zurückzugebende Preis zu bestimmen. § 471 faßt dies als eine entsprechende Herabsetzung des Gesammtpreises auf.

---

88) Darauf wurde fälschlich in älterer Zeit allein gesehen (vgl. l. 34 pr., l. 64 pr. Dig. de aed. ed. 21, 1). S. aber schon l. 38 § 14, l. 59 § 1 Dig. eod. und jetzt § 469 BGB.

89) Z. B. bei Pendantbildern, einem Zweigespann oder Viergespann, einer Uniform oder einem sonstigen Schmuck, der aus mehreren Stücken besteht, selbst wenn die Stücke zu Einzelpreisen verkauft sind.

90) Gemeint ist nicht nur das Zubehör (Bd. I § 60), sondern auch Nebensachen anderer Art (Bd. I § 61).

91) Also die Wandelung wegen eines Mangels der Nebensache ist in Ansehung dieser allein möglich.

92) Dies ist Thatfrage. Es kommt darauf an, ob nach den Umständen, insbesondere nach Verkehrsgrundsätzen der Käufer die eine Sache ohne die andere nicht hätte erwerben, der Verkäufer sie nicht einzeln hätte abgeben wollen.

93) Eine zweite Thatfrage! Z. B. ein mehrbändiges Werk würde vielleicht nicht bandweise gekauft und verkauft sein, aber wenn die einzelnen Bände zu haben sind, tritt ein Nachtheil durch Rückgabe eines einzelnen Bandes nicht ein.

94) Also eventuell auch der Verkäufer! — Der Nachtheil muß von der betreffenden Partei dargethan werden. Sonst wird er nicht berücksichtigt und bleibt es bei der Wandelung der mangelhaften Sache.

Der Gesammtpreis (gp) ist in dem Verhältniß herabzusetzen (x), in welchem zur Verkaufszeit der Gesammtwerth sämmtlicher Sachen in mangelfreiem Zustand (gw) zum Werth der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen (w) stand[95]). Waren neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreis andere Gegenstände zu leisten, so sind diese nach ihrem Werth zur Zeit des Kaufabschlusses in Geld zu veranschlagen. Arg. § 473 BGB.[96]). Die Herabsetzung erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise[97]). Ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer die Differenz dem Käufer zu vergüten. Aber (nach § 473) in Geld nur, wenn die Nebenleistung in nicht vertretbaren Sachen bestand[98]). Ging sie auf vertretbare Sachen z. B. Getreide, so hat die Vergütung der Differenz an den betreffenden Sachen selbst nach Maßgabe der erfolgten Abschätzung stattzufinden[99]).

3. Grundsätze der Preisminderung.

Bei der Preisminderung handelt es sich nicht um ein Abgehen vom Vertrage, sondern nur um richtige Preisberechnung mit Rücksicht auf die Mangelhaftigkeit der Sache. Wir haben gesehen, daß diese Berechnung regelmäßig mit dem Vollzug der Minderung verbunden wird, ja bei gerichtlicher Geltendmachung des Minderungsanspruchs verbunden werden muß[100]). Nur die Grundsätze der Preisberechnung sind also hier anzuschließen. § 472 schreibt für die Herabsetzung des bedungenen

---

95) Die Gleichung lautet also: $gp : x = gw : w$. D. i. $x = \frac{gp \times w}{gw}$.

Z. B. zwei Statuen sind für 5000 Mark (gp) verkauft. Ihr Gesammtwerth war 4000 Mark (gw). Die eine Statue soll wegen eines Mangels zurückgegeben werden. Der Werth der anderen für sich allein ist 1000 Mark (w). Also ist $x = \frac{5000 \times 1000}{4000} = \frac{5000}{4} = 1250$ Mark.

96) Dort ist zwar nur von vertretbaren Sachen die Rede. Aber Satz 1 des Paragraphen verträgt eine analoge Ausdehnung wegen Gleichheit des Grundes.

97) Also die Veranschlagung der neben dem Geldpreis festgesetzten Leistungen in Geld für den Gesammtpreis (gp) erfolgt nur rechnerisch, um den abzusetzenden Betrag (x) zu ermitteln. Der Abzug dieses Betrags erfolgt stets vom realen Geldpreis, wie er bedungen war. Daher kann es kommen, daß sich ein Minus ergibt, welches vom Verkäufer dem Käufer zu vergüten ist.

98) Oder solche zum Gegenstande hatte. Derartige Individuen behält der Verkäufer resp. hat sie, wenn sie noch nicht geleistet waren, unverkürzt zu beanspruchen.

99) Jedenfalls ist nach § 473 BGB. dem Verkäufer nicht zuzumuthen, hier die Preisdifferenz in Geld herauszuzahlen. Er kann sich durch Rückgabe oder Verzicht auf ein entsprechendes Quantum jener Nebenleistung befreien. So auch Planck, Oertmann zu § 473; Dernburg § 187 Note 6.

100) S. o. Ziff. 1 lit. b. — Ein Ausschluß aus Gründen wie bei der Wandelung (Ziff. 2a) findet nicht statt, z. B. nicht wegen Abhandenkommens 2c. der Kaufsache. Ebenso ist das Minderungsrecht theilbar, kann also von mehreren Betheiligten pro parte ausgeübt werden.

Kaufpreises (Minderung) dasselbe Verfahren vor wie für die Herabsetzung eines Gesammtpreises bei theilweiser Wandelung[101]). Es ist also der Kaufpreis (p) in dem Verhältnisse herabzusetzen (x), in welchem zur Verkaufszeit der Werth der Sache in mangelfreiem Zustand (mf. w) zum wirklichen Werth der Sache (w) stand[102]). Der maßgebende Zeitpunkt für die Berechnung ist der Kaufabschluß: zwischenzeitliche Verschlechterungen der Sache sind also zu Lasten des Käufers, Verbesserungen zu seinem Vortheil. Auch ein zwischenzeitlicher günstiger Weiterverkauf der Sache beeinträchtigt die Rechte des Käufers nicht[103]).

Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreis andere Gegenstände zu leisten, so sind diese wiederum nach ihrem Werth zur Zeit des Kaufabschlusses in Geld zu veranschlagen. Die Minderung erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise. Ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer dem Käufer die Differenz zu vergüten — sei es in natura (wenn die Nebenleistung vertretbare Sachen zum Gegenstande hat), oder in Geld (in den übrigen Fällen). § 473 BGB[104]).

Bei Verkauf mehrerer Sachen für einen Gesammtpreis, wobei sich nur einzelne Sachen als mangelhaft herausstellen, sind die Grundsätze der §§ 471, 472 zu verbinden. S. daselbst Abs. 2. Es ist also der Gesammtwerth sämmtlicher Sachen in mangelfreiem Zustand (mf. gw) zur Zeit des Kaufabschlusses im Verhältniß zum Gesammtwerth derselben mit dem Mangel[105]) (gw) in die Formel einzustellen[106]).

---

101) Also wie im Falle § 471 BGB. S. o. zu Note 95. Im älteren Recht war die Berechnung streitig.

102) Die Gleichung lautet also wieder: $p : x = mf.w : w$. D. i. $x = \frac{p \times w.}{mf.w}$

Z. B. die Sache ist für 1000 Mark (p) verkauft. Ihr Werth zur Verkaufszeit in mangelfreiem Zustand wäre 1200 Mark (mf.w) gewesen; mit dem Mangel war sie 900 Mark werth (w). Also ist $x = \frac{1000 \times 900}{1200} = \frac{9000}{12} = 750$ Mark. D. h. (die Differenz von 1000 M. und 750 M. also) 250 Mark muß der Verkäufer sich abrechnen lassen.

103) Es handelt sich eben auch hier nicht um Schadensersatz, sodaß man sagen könnte, der Schaden des Käufers sei durch den vortheilhaften Weiterverkauf beseitigt oder gemindert. — Doch können die Parteien ausmachen, daß die Minderung nach anderen Grundsätzen z. B. nach Verhältniß des Marktwerths der Sache zur Zeit der Minderung u. dgl. erfolgen solle. Cosack § 127 II Ziff. 4b; Dernburg § 187 Note 3.

104) S. o. Ziff. 2 zu Note 98 ff.

105) Dabei ist zu berücksichtigen, daß wenn die Sachen zusammengehörten (s. o. Note 89 ff.), in Folge des Mangels der einen Sache auch der Werth der anderen beeinträchtigt werden kann. Letztere ist dann nur mit dem so geminderten Werthe in die Formel einzustellen. — Ebenso bei bedungenen Einzel-

Soll nach erfolgter Minderung wegen eines anderen Mangels nochmals gemindert werden[107]), so ist der Kaufpreis mangels anderweitiger Einigung der Parteien neuerdings nach dem Verhältniß zu mindern, als die Sache zur Zeit des Kaufabschlusses wegen beider Mängel zusammen weniger werth war[108]).

II. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Dieser kann vom Käufer statt der Wandelung oder Minderung erhoben werden, wenn der Kaufsache zugesicherte Eigenschaften fehlen oder der Verkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat[109]). § 463. Der Anspruch geht auf das gesammte Erfüllungsinteresse[110]). Er beruht auf dem kontraktwidrigen Verhalten des Verkäufers[111]).

Mit Entscheidung für den Schadensersatzanspruch werden die minder intensiven Ansprüche auf Wandelung und Minderung ausgeschlossen[112]). Zum Vollzuge der Wahl gehört aber, daß der Anspruch vom Käufer nicht mehr mit Erfolg zurückgenommen werden kann[113]). Anderseits

---

preisen für mehrere in derselben Weise zusammengehörige Sachen. So mit Recht Dernburg § 187 Note 9.

106) Die letztere gestaltet sich dann (in Kombination der Noten 95 u. 102) wie folgt: $x = \frac{gp \times gw.}{mf.gw.}$

Also z. B. der Gesammtwerth aller verkauften Sachen in mangelfreiem Zustand wäre 10000 Mark gewesen, mit dem Mangel 8000 Mark. Der Gesammtpreis betrug 20000 Mark. Also ist $x = \frac{20000 \times 8000}{10000} = 16000$ M. D. h. der Gesammtpreis ist von 20000 Mark auf 16000 Mark herabzumindern. 4000 Mark muß der Verkäufer sich abrechnen lassen.

107) S. o. Ziff. 1 i. f.

108) Also es ist zu rechnen wie wenn noch gar keine Minderung stattgefunden hätte, und von dem hiernach vom Kaufpreis abzurechnenden Betrage ist abzuziehen, was Käufer in Folge der ersten Minderung bereits vom Kaufpreis zurückerhalten hat. Daraus ergibt sich, daß eventuell gar nichts mehr abzuziehen ist, da der Werth der Sache mit beiden Fehlern zur Zeit des Kaufabschlusses auch nicht geringer war als mit dem ersten allein. — Gegen eine Berechnung auf der Basis, als wenn der zum ersten Mal geminderte Preis der Kaufpreis wäre, mit Recht Dernburg § 187 Note 7. Eine solche Berechnung steht auch mit § 472 BGB. in Widerspruch. Danach ist stets der „Kaufpreis" zu mindern, nicht der durch die erste Minderung erzielte Minderpreis.

109) Wegen des kritischen Zeitpunkts der Mängel s. o. § 221 Ziff. 2.

110) S. o. § 220 Note 80. Der Ersatz besteht in der Differenz dessen, was der Käufer gehabt haben würde, wenn ihm ohne den Mangel geleistet worden wäre, und was er nun hat. Unter Berücksichtigung der allgemeinen Ersatzgrenzen (s. o. § 151). Z. B. der Käufer hat das gelieferte mangelhafte Bauholz verbaut und das Gebäude stürzt zusammen. Durch das gelieferte kranke Thier sind die übrigen im Stall des Käufers befindlichen angesteckt und gefallen.

111) Dies wird im röm. Recht besonders deutlich, indem das Interesse mit der Kaufklage (actio emti) verfolgt wird. — Ueber Wegfall des Anspruchs, wenn Käufer den Mangel kennt, s. o. § 220 Ziff. 6.

112) S. o. § 220 Ziff. 4 ff.

113) Ob dies möglich ist, beurtheilt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Ein-

kann dieser Anspruch im praktischen Ergebniß der Wandelung gleichkommen: wenn nämlich das Interesse des Käufers durch Behalten der mangelhaften Sache und Gelderſatz nicht gedeckt wird[114]).

War zunächst Wandelung oder Minderung verlangt, so wird der Schadenserſatzanspruch im gleichen Zeitpunkt ausgeschlossen[115]), in dem auch die Wahl zwischen Wandelung und Minderung konsumirt wird[116]).

III. Der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften bei Gattungskäufen.

Dieser Anspruch steht, wie wir sahen, bei der bezeichneten Vertragsgattung dem Käufer neben den vorher besprochenen Rechten zur Wahl[117]) soweit deren Voraussetzungen vorliegen: also alternativ mit Wandelung oder Minderung oder wahlweise mit allen vorbesprochenen drei Ansprüchen[118]). § 480 BGB.

Der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften ist an sich nichts anderes als ein Anspruch auf Vertragserfüllung. Er wird aber den Regeln der Wandelung unterworfen[119]) d. i. zu einem Anspruch auf Umtausch der Sache gestaltet. So unterliegt er der kurzen Verjährung der Gewährleistungsansprüche[120]), — ist wie diese ausgeschlossen, wenn der Käufer die gelieferte Sache in Kenntniß des Mangels ohne Vorbehalt angenommen

---

seitige außergerichtliche Erklärung wird man (mit Cosack § 127 IV Ziff. 1a) nur dann für genügend halten können, wenn man sie aus dem Wahlrecht der §§ 325 ff. BGB. herleitet (s. o. § 220 Note 33). Aber die Konstruktion ist hier eine andere (s. § 220 bei Note 34—36). Es wäre auch seltsam und wenig sachentsprechend, wenn es zur Wandelung und Minderung nur durch Vertrag (§ 465 BGB.), zu dem viel intensiveren Schadenserſatz schon durch einseitige Erklärung des Käufers käme! Der einseitig erklärte Entschluß kann hier keine größere Kraft haben, als bei wahlweisen Ansprüchen überhaupt. Die Erhebung der Schadenserſatzklage wirkt konsumirend, wenn die Rücknahme der Klage prozessualisch unzulässig geworden ist. S. o. bei Note 34. (Das Gesagte ist auch nicht unbillig. Der kontraktwidrig handelnde Verkäufer hat kein Recht auf sofortige Erledigung der Wahl. S. o. Note 39.)

114) Ebenso kann der Effekt der Minderung herauskommen, wenn die Ersatzansprüche des Käufers nur in solch beschränktem Maße anerkannt werden, daß sie sich mit einem Theil des Kaufpreises kompensiren.

115) Uebrigens bezieht sich der Ausschluß nicht auf deliktische Ansprüche. S. o. Note 81.

116) S. darüber oben zu Note 31—34 u. Note 48 ff. Gleichgültig ob auch die letzteren Ansprüche beide in Frage stehen. — Bei neu hervortretenden Mängeln s. Note 54.

117) S. o. § 220 Ziff. 2, 4 u. 5. Ueber die geschichtliche Entwickelung Note 20 daselbst.

118) Bei erfolgter Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache oder arglistigem Verschweigen von Fehlern. § 480 Abs. 2.

119) S. o. § 220 Ziff. 4a.

120) S. u. § 223.

hat[121]), — und wird in Ansehung des Wahlvollzuges wie die Wandelung behandelt[122]). Auch die Ausführung des Umtauschs erfolgt nach Wandelungsgrundsätzen[123]). Es muß also z. B. Käufer gegen Empfang der mangelfreien Sache die empfangene Zug um Zug zurückgeben, hat in Ansehung der Rückgabe dieselben Pflichten wie bei der Wandelung und verliert sein Austauschsrecht aus denselben Gründen, welche die Wandelung ausschließen.

§ 223.

γγ. Verjährung der Ansprüche, Gewährschaftseinrede und Aufrechnung.

1. Die nicht auf Schadensersatz gerichteten Gewährschaftsansprüche verjähren in kurzer Zeit[1]). Dasselbe gilt auch für den Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung, wenn er lediglich auf den Mangel zugesicherter Eigenschaften gestützt wird[2]). Denn die Ermittelung und Feststellung der Mängel, namentlich auch daß sie im kritischen Zeitpunkt vorhanden waren[3]), ist nach längerer Zeit kaum mehr ausführbar[4]). Nur Arglist des Verkäufers verdient in keiner Hinsicht Schutz. Der Schadensersatzanspruch des Käufers verjährt hier erst in gewöhnlicher Zeit, d. h. regelmäßig in 30 Jahren[5]).

2. Abgesehen davon verjähren die Gewährleistungs-

121) § 460 BGB. S. o. § 220 Ziff. 6.
122) Die §§ 465 ff. BGB. sind anwendbar. S. o. zu Note 31 ff.
123) Arg. §§ 467 S. 1 (daß die Vertragskosten nicht zu ersetzen sind, versteht sich von selbst, da es beim Vertrage bleibt), 469, 470, 474 BGB., die nach § 480 entsprechende Anwendung finden. S. o. zu Note 59 ff.

1) Also der Wandelungs-, Minderungs- und Austauschsanspruch (o. § 222 Ziff. I u. III). Die beiden ersteren beruhen schlechthin auf der Billigkeit, und dieser wird durch Möglichkeit der Geltendmachung binnen kurzer Frist genügt. Der Anspruch sub III ist, wie wir sahen, den Regeln der Wandelung unterworfen, sodaß auch für ihn das Gleiche gilt.

2) Es liegt zwar Kontraktwidrigkeit vor. Aber die Zusicherung wird laxer behandelt (im Anschluß an das Recht der alten dicta et promissa). Der praktische Zweck der kurzen Verjährung würde nur unvollkommen erreicht werden, wenn dieselbe nicht zugleich auf den Ersatzanspruch wegen Zusicherungen ausgedehnt würde.

3) S. o. § 221 Ziff. 2.

4) Schon die älteren Rechte bestimmten daher regelmäßig eine kurze Verjährungsfrist. So das röm. Recht wenigstens für die ädilicischen Klagen, und zwar für die actio redhibitoria 6 Monate, für die actio quanti minoris 1 Jahr. Vgl. l. 19 § 6, l. 38 pr., l. 48 § 2, Dig. de aed. ed. 21. 1. Doch empfahl sich die Unterscheidung nicht. Neuere Rechte, z. B. das Preuß. A.LR. I Tit. 5 §§ 343 ff., haben daher die kurze Verjährung für die verschiedenen Ansprüche gleichmäßig gestaltet und höchstens bei beweglichen und unbeweglichen Sachen die Frist verschieden bemessen. S. auch § 477 BGB.

5) Der Käufer, welcher nach Ablauf der kurzen Verjährungsfrist noch klagt, muß die Arglist des Verkäufers beweisen.

Kauf anfechten und nach den allgemeinen Vorschriften Schadensersatz fordern können[15]).

c) Bei *Gattungskäufen* besteht auch hier der besondere Anspruch des Käufers, daß ihm an Stelle des mangelhaften ein mangelfreies Thier geliefert werde[16]). § 491 BGB.[17]).

Ebenso gilt von den allgemeinen Regeln der Satz, daß die Haftung für Hauptmängel vom Verschulden des Verkäufers unabhängig ist, daß aber die Haftung *wegfällt*, wenn der Käufer den Mangel kannte oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erkennen können[18]). Es gilt der Satz, daß die Gewährschaft *vertragsmäßig abgeändert* (verschärft oder gemildert) werden kann[19]); nur daß die Abrede hier einen viel weiteren Spielraum hat. Die Parteien können nämlich (da hier kraft Gesetzes nur für Hauptmängel und innerhalb bestimmter Gewährfristen gehaftet wird) die Haftung auf *andere* Mängel, *mit und ohne Gewährfrist* erstrecken, auch die *Gewährfristen selbst verlängern oder verkürzen*. §§ 486, 492 BGB. Alle diese Abreden sind nach ihrem besonderen Inhalt auszulegen und demgemäß die Rechte der Parteien zu bestimmen. Eine gesetzliche Auslegungsregel fehlt. Insbesondere ist die im Leben sehr häufige allgemeine Klausel, daß das Thier „gesund und fehlerfrei" sei, keineswegs blos von der Abwesenheit von Hauptmängeln zu verstehen[20]). Ist einfach „*Gewährleistung*" *für andere* als Hauptmängel oder für besondere Eigenschaften des Thieres übernommen[21]), so finden nach § 492 regelmäßig die gesetzlichen Vorschriften über die Haftung wegen Hauptmängel entsprechende Anwendung[22]).

2. Der Satz, daß der Käufer die *Mängel* und ihr *Vorhandensein im kritischen Zeitpunkt* — d. i. regelmäßig in dem Augenblick, da die Gefahr auf den Käufer übergeht — zu beweisen hat[23]),

15) S. o. Bd. I § 95 bes. bei Note 13. *Dernburg* § 192 Note 4.

16) S. über diesen Anspruch im Allgemeinen oben § 222 Ziff. III. Ueber seine Gestaltung bei Viehkäufen s. u. Ziff. 5.

17) Vgl. hierzu auch oben § 220 bei Note 84.

18) Nach Anleitung unserer Ausführungen in § 220 Ziff. 6.

19) S. o. § 220 Ziff. 8. Desgleichen, daß sie bei Zwangsverkäufen kraft Gesetzes nicht eintritt.

20) Eine solche Auslegungsregel fand sich im Entwurf. Sie wurde aber gestrichen. Der geschäftsunkundige Käufer denkt bei einer derartigen allgemeinen Versicherung nicht blos an Hauptmängel. Die Klausel ist von Fall zu Fall auszulegen.

21) S. schon oben bei Note 12 ff.

22) S. darüber noch unten Ziff. 8.

23) S. o. § 220 Ziff. 7, § 221 Ziff. 2. Letzteres ist hier der eigentlich schwierige Beweis. Denn der Beweis der Krankheit des Thieres überhaupt ist durch den Augenschein leicht zu erbringen.

gilt als solcher auch hier. Nur wird er durch das Institut der Gewährfristen erheblich unterstützt und begrenzt. Wie nämlich der Verkäufer nicht haftet, wenn der Mangel nicht innerhalb der Gewährfrist hervortritt[24]), so wird umgekehrt von dem in der Gewährfrist hervorgetretenen Mangel vermuthet, daß er im kritischen Zeitpunkt vorhanden gewesen sei. § 484[25]).

3. Die Besonderheiten des Viehgewährschaftssystems beruhen also auf Normirung der Hauptmängel und der Gewährfristen. § 482 BGB. weist die Bestimmung derselben im Einzelnen kaiserlicher (mit Zustimmung des Bundesrathes zu erlassender) Verordnung zu. Danach sind die Hauptmängel und die für jeden geltende Gewährfrist besonders festgesetzt[26]). Kraft Gesetzes haftet der Verkäufer nicht für andere als die hier aufgezählten Mängel, und seine Haftung erlischt, wenn der Mangel erst nach Ablauf der dafür bestimmten Gewährfrist zu Tage tritt.

a) Die Gewährfrist beginnt mit Ablauf des Tages, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht. § 483 BGB. Alsdann berechnet sich die Frist nach der gewöhnlichen Tagesberechnung[27]). Tritt innerhalb dieser Frist der Mangel zu Tage, so wird vermuthet, daß er im Augenblicke des Gefahrübergangs vorhanden gewesen sei. § 484.

b) Ferner[28]) hängt der Gewährleistungsanspruch von rechtzeitiger

---

24) § 482 Abs. 1 BGB.

25) Der Gegenbeweis des Verkäufers wird dadurch nicht ausgeschlossen.

26) Um eine leichtere Abänderung zu ermöglichen. Denn die ganze Festsetzung beruht auf dem derzeitigen Resultat der thierärztlichen Wissenschaft und soll mit dieser fortschreiten. Die gegenwärtige Verordnung ist vom 27. März 1899. Dieselbe setzt die Hauptmängel und die für jeden derselben bestimmte Gewährfrist fest. So

1. für Nutz- und Zuchtthiere. Hier gelten als Hauptmängel:
   a) bei Pferden, Eseln, Mauleseln, Maulthieren: Rotz, Dummkoller, Dämpfigkeit, Kehlkopfpfeifen, periodische Augenentzündung, Koppen (mit Gewährfrist von 14 Tagen);
   b) bei Rindvieh: tuberkulöse Erkrankung, die den allgemeinen Nährzustand des Thieres beeinträchtigt, Lungenseuche (mit Gewährfristen von 14 bezw. 28 Tagen);
   c) bei Schafen: Räude (mit Gewährfrist von 14 Tagen);
   d) bei Schweinen: Rothlauf und Schweineseuche (mit Gewährfrist von 8 bezw. 10 Tagen).
2. für Schlachtthiere. Hier gelten als Hauptmängel:
   ad 1 a: Rotz (mit Gewährfrist von 14 Tagen);
   ad b: tuberkulöse Erkrankung, wenn in Folge derselben mehr als die Hälfte des Schlachtgewichts als Nahrungsmittel für Menschen nicht oder nur mit Beschränkungen geeignet ist (14 Tage);
   ad c: allgemeine Wassersucht (14 Tage);
   ad d: tuberkulöse Erkrankung wie bei b, Trichinen, Finnen (14 Tage).

27) S. § 188 BGB. u. oben Bd. I § 120.

28) Auch wenn der Mangel schon vor Ablauf der Gewährfrist hervortritt.

preis, — sonst nur ein entsprechender Theil desselben[24]) verweigert werden[25]).

4. Schließlich kann unter gleichen Voraussetzungen[26]) nach Vollendung der Verjährung noch der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung[27]) wider den Verkäufer zur Aufrechnung gebracht werden. Dies geht weiter als die Gewährschaftseinrede[28]); aber die Berufung auf die Mängel erfolgt doch auch hier nur zum Zweck der Vertheidigung[29]).

§ 224.

γ. Gewährleistung beim Viehhandel.

Es ist bereits hervorgehoben worden, daß unser Gesetz beim Viehkauf einem anderen, dem sog. deutschrechtlichen System folgt[1]), nach welchem der Verkäufer nicht für alle[2]), sondern nur für einzelne: sog. Hauptmängel des verkauften Thieres haftet, und auch für diese nur sofern sie binnen bestimmter Gewährfristen hervortreten. Dieses System empfiehlt sich beim Viehkauf durch seine Einfachheit[3]). Eine genaue Beweisführung, insbesondere über die Zeit des Eintritts der Mängel[4]), würde hier oft nicht zum Ziele führen — die Genauigkeit im Einzelfalle mit einer allgemeinen Unsicherheit der Rechtslage erkauft: es empfiehlt sich hier mehr ein System, das an die (leicht erkennbare) Außenseite der Dinge anknüpft — einfache und klare Verhältnisse

---

24) Bei Herabsetzung eines Gesammtpreises sowie bei der Minderung (§§ 471, 472 BGB.) ꝛc. S. o. § 222 Ziff. I.

25) Bei Einklagung des Kaufpreises durch den Verkäufer hat insoweit auf Grund der Einrede ein abweisendes Urtheil zu ergehen. — Ergeht es auf Grund der Wandelungseinrede, so erwächst dem Verkäufer aus dem rechtskräftigen Urtheil der Anspruch auf Rückgewähr der Kaufsache im oben § 222 I Ziff. 2b entwickelten Sinne. S. darüber Eccius a. a. O. S. 322; Dernburg § 191 Ziff. I.

26) Also unter den Voraussetzungen Ziff. 3a oben (Wahrung der Mängelrüge).

27) S. o. § 222 Ziff. II.

28) Die Aufrechnung ist keine Einrede (s. z. B. Bd. I § 36): es erhält sich hier der Anspruch, und sogar der auf Schadensersatz; aber nur für die Aufrechnung.

29) Solange keine Ansprüche wider den Käufer erhoben werden, hat er meist gar keine Veranlassung, wegen der Gewährsmängel selbständig vorzugehen.

*) S. Dieckerhoff, Gerichtliche Thierarzneikunde (2. Aufl. 1899) S. 67; Hirsch u. Nagel, Die Gewährleistung beim Viehhandel (1900ff.). Chr. Meisner, Die Vorschriften des BGB. betr. die Viehgewährschaft.

1) S. o. § 220 Ziff. 3; § 221 Note 1.

2) Wie nach dem allgemeinen System oben § 221 Ziff. 1.

3) S. o. § 220 Note 17.

4) Ueber diesen sog. „kritischen Zeitpunkt" nach der allgemeinen Lehre s. o. § 221 Ziff. 2.

schafft. Diese bot das deutsche System[5]). Doch hat unser Gesetz dieses nur für gewisse Thiergattungen angenommen, die als die hauptsächlichsten Objekte des Viehhandels erscheinen: nämlich für Pferde, Esel, Maulesel und Maulthiere, für Rindvieh, Schafe und Schweine. § 481 BGB. Für alle anderen Thiere bewendet es bei den allgemeinen Vorschriften[6]).

1. Soweit unser Gesetz hiernach Sonderbestimmungen für den Viehhandel aufstellt, hat es die letzteren dennoch nach Möglichkeit mit den allgemeinen Vorschriften in Einklang zu bringen versucht, sodaß sie nur als deren Anhang erscheinen[7]). So bleibt es auch hier bei den meisten grundlegenden Bestimmungen dieser Haftung[8]). Der Anspruch auf Preisminderung ist jedoch ausgeschlossen[9]). § 487 Abs. 1. Das Vorhandensein gewöhnlicher (hier Haupt-)Mängel ist zu unterscheiden von der Haftung des Verkäufers wegen Kontraktwidrigkeiten, die nach dem dort Gesagten[10]) liegen können

a) in der Zusicherung besonderer Eigenschaften des verkauften Viehs (Versicherung der Abwesenheit von Haupt- oder anderen Mängeln oder des Vorhandenseins bestimmter Vorzüge des Thiers). § 492 BGB. Der Verkäufer haftet bei Nichterfüllung solcher Zusagen auf vollen Schadensersatz[11]) (es sei denn, daß nach der Vertragsabsicht die Zusicherung nicht als Garantieübernahme, sondern als bloße Uebernahme der Gewährpflicht zu verstehen ist[12]): sei es für Hauptmängel nach Maßgabe des Gesetzes oder nach denselben Regeln[13]) für andere Mängel).

b) Hat der Verkäufer dem Käufer Hauptmängel arglistig verschwiegen, so hat letzterer gleicherweise das Recht auf vollen Schadensersatz[14]). In anderen Arglistfällen wird Käufer gegebenenfalls den

---

5) Andere Rechte, die mit den Schwierigkeiten des röm. Systems auf diesem Gebiete aufräumen wollten, haben die Gewährleistung beim Viehhandel ganz abgeschafft. Aber das heißt das Kind mit dem Bade ausschütten.

6) Wir haben also in Ansehung des Verkaufes von Thieren ein kombinirtes System.

7) Vgl. § 481 BGB., wonach die allgemeinen Vorschriften insoweit gelten sollen, als sich nicht aus den nachfolgenden Paragraphen ein Anderes ergibt.

8) S. o. § 220.

9) S. über den Grund schon oben § 220 Note 17.

10) S. o. § 220 Ziff. 2.

11) §§ 481, 490, 492 BGB. S. über den Ersatzanspruch oben § 222 Ziff. II.

12) Wie dies im gewöhnlichen Viehhandel nicht selten zutreffen wird. Dieckerhoff a. a. O. S. 116.

13) Also im Sinne von § 492 BGB. zu Anfang.

14) S. o. § 222 Ziff. II.

Kauf anfechten und nach den allgemeinen Vorschriften Schadensersatz fordern können[15]).

c) Bei *Gattungskäufen* besteht auch hier der besondere Anspruch des Käufers, daß ihm an Stelle des mangelhaften ein mangelfreies Thier geliefert werde[16]). § 491 BGB.[17]).

Ebenso gilt von den allgemeinen Regeln der Satz, daß die Haftung für Hauptmängel vom Verschulden des Verkäufers unabhängig ist, daß aber die Haftung *wegfällt*, wenn der Käufer den Mangel kannte oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erkennen können[18]). Es gilt der Satz, daß die Gewährschaft *vertragsmäßig abgeändert* (verschärft oder gemildert) werden kann[19]); nur daß die Abrede hier einen viel weiteren Spielraum hat. Die Parteien können nämlich (da hier kraft Gesetzes nur für Hauptmängel und innerhalb bestimmter Gewährfristen gehaftet wird) die Haftung auf *andere* Mängel, *mit und ohne Gewährfrist* erstrecken, auch die *Gewährfristen selbst verlängern oder verkürzen*. §§ 486, 492 BGB. Alle diese Abreden sind nach ihrem besonderen Inhalt auszulegen und demgemäß die Rechte der Parteien zu bestimmen. Eine gesetzliche Auslegungsregel fehlt. Insbesondere ist die im Leben sehr häufige allgemeine Klausel, daß das Thier „gesund und fehlerfrei" sei, keineswegs blos von der Abwesenheit von Hauptmängeln zu verstehen[20]). Ist einfach „*Gewährleistung*" *für andere* als Hauptmängel oder für besondere Eigenschaften des Thieres übernommen[21]), so finden nach § 492 regelmäßig die gesetzlichen Vorschriften über die Haftung wegen Hauptmängel entsprechende Anwendung[22]).

2. Der Satz, daß der Käufer die *Mängel* und *ihr Vorhandensein im kritischen Zeitpunkt* — d. i. regelmäßig in dem Augenblick, da die Gefahr auf den Käufer übergeht — zu beweisen hat[23]),

15) S. o. Bd. I § 95 bes. bei Note 13. *Dernburg* § 192 Note 4.

16) S. über diesen Anspruch im Allgemeinen oben § 222 Ziff. III. Ueber seine Gestaltung bei Viehkäufen s. u. Ziff. 5.

17) Vgl. hierzu auch oben § 220 bei Note 84.

18) Nach Anleitung unserer Ausführungen in § 220 Ziff. 6.

19) S. o. § 220 Ziff. 8. Desgleichen, daß sie bei Zwangsverkäufen kraft Gesetzes nicht eintritt.

20) Eine solche Auslegungsregel fand sich im Entwurf. Sie wurde aber gestrichen. Der geschäftsunkundige Käufer denkt bei einer derartigen allgemeinen Versicherung nicht blos an Hauptmängel. Die Klausel ist von Fall zu Fall auszulegen.

21) S. schon oben bei Note 12 ff.

22) S. darüber noch unten Ziff. 8.

23) S. o. § 220 Ziff. 7, § 221 Ziff. 2. Letzteres ist hier der eigentlich schwierige Beweis. Denn der Beweis der Krankheit des Thieres überhaupt ist durch den Augenschein leicht zu erbringen.

gilt als solcher auch hier. Nur wird er durch das Institut der Gewährfristen erheblich unterstützt und begrenzt. Wie nämlich der Verkäufer nicht haftet, wenn der Mangel nicht innerhalb der Gewährfrist hervortritt[24]), so wird umgekehrt von dem in der Gewährfrist hervorgetretenen Mangel vermuthet, daß er im kritischen Zeitpunkt vorhanden gewesen sei. § 484[25]).

3. Die Besonderheiten des Viehgewährschaftssystems beruhen also auf Normirung der Hauptmängel und der Gewährfristen. § 482 BGB. weist die Bestimmung derselben im Einzelnen kaiserlicher (mit Zustimmung des Bundesrathes zu erlassender) Verordnung zu. Danach sind die Hauptmängel und die für jeden geltende Gewährfrist besonders festgesetzt[26]). Kraft Gesetzes haftet der Verkäufer nicht für andere als die hier aufgezählten Mängel, und seine Haftung erlischt, wenn der Mangel erst nach Ablauf der dafür bestimmten Gewährfrist zu Tage tritt.

a) Die Gewährfrist beginnt mit Ablauf des Tages, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht. § 483 BGB. Alsdann berechnet sich die Frist nach der gewöhnlichen Tagesberechnung[27]). Tritt innerhalb dieser Frist der Mangel zu Tage, so wird vermuthet, daß er im Augenblicke des Gefahrübergangs vorhanden gewesen sei. § 484.

b) Ferner[28]) hängt der Gewährleistungsanspruch von rechtzeitiger

---

24) § 482 Abs. 1 BGB.

25) Der Gegenbeweis des Verkäufers wird dadurch nicht ausgeschlossen.

26) Um eine leichtere Abänderung zu ermöglichen. Denn die ganze Festsetzung beruht auf dem derzeitigen Resultat der thierärztlichen Wissenschaft und soll mit dieser fortschreiten. Die gegenwärtige Verordnung ist vom 27. März 1899. Dieselbe setzt die Hauptmängel und die für jeden derselben bestimmte Gewährfrist fest. So

1. für Nutz- und Zuchtthiere. Hier gelten als Hauptmängel:
   a) bei Pferden, Eseln, Mauleseln, Maulthieren: Rotz, Dummkoller, Dämpfigkeit, Kehlkopfpfeifen, periodische Augenentzündung, Koppen (mit Gewährfrist von 14 Tagen);
   b) bei Rindvieh: tuberkulöse Erkrankung, die den allgemeinen Nährzustand des Thieres beeinträchtigt, Lungenseuche (mit Gewährfristen von 14 bezw. 28 Tagen);
   c) bei Schafen: Räude (mit Gewährfrist von 14 Tagen);
   d) bei Schweinen: Rothlauf und Schweineseuche (mit Gewährfrist von 8 bezw. 10 Tagen).
2. für Schlachtthiere. Hier gelten als Hauptmängel:
   ad 1 a: Rotz (mit Gewährfrist von 14 Tagen);
   ad b: tuberkulöse Erkrankung, wenn in Folge derselben mehr als die Hälfte des Schlachtgewichts als Nahrungsmittel für Menschen nicht oder nur mit Beschränkungen geeignet ist (14 Tage);
   ad c: allgemeine Wassersucht (14 Tage);
   ad d: tuberkulöse Erkrankung wie bei b, Trichinen, Finnen (14 Tage).

27) S. § 188 BGB. u. oben Bd. I § 120.

28) Auch wenn der Mangel schon vor Ablauf der Gewährfrist hervortritt.

Anzeige des Mangels an den Verkäufer ab[29]). § 485. Die Anzeigefrist beträgt 2 Tage und beginnt mit dem Tode des Thiers, falls letzteres noch innerhalb der Gewährfrist verendet oder getödtet worden ist[30]), andernfalls mit dem Ablauf der Gewährfrist. Erfolgt die Anzeige nicht innerhalb der Frist, so verliert der Käufer seine Ansprüche wegen des Mangels. Doch genügt die Absendung der Anzeige innerhalb der Frist[31]), ebenso Klagezustellung, Streitverkündung an den Verkäufer oder der Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises[32]). — Im Fall der Arglist des Verkäufers bedarf es der Anzeige ꝛc. nicht[33]).

4. Es ist schon bemerkt, daß Käufer wegen des Mangels niemals Preisminderung, wohl aber Wandelung oder (bei Arglist des Verkäufers oder Fehlen zugesicherter Eigenschaften) vollen Schadensersatz, — bei Gattungskäufen auch Umtausch des Thiers gegen ein mangelfreies verlangen kann[34]). Hinsichtlich der Wandelung gelten folgende besonderen Grundsätze.

a) Die Wandelung kann auch stattfinden, wenn das Thier nicht mehr vorhanden, untergegangen ist, oder aus sonstigen Gründen nicht mehr zurückgegeben werden kann; insbesondere wenn es geschlachtet ist[35]). So selbst wenn der Käufer das Thier schuldhafterweise hat zu Grunde gehen lassen[36]), oder wenn er es weiterveräußert hat und aus den gleichen beim Erwerber eingetretenen Gründen zur Rückgabe außer Stande ist[37]). Kann das Thier in Folge eines vom Käufer zu vertretenden Ereignisses nicht zurückgegeben werden, so ist dessen Werth zu vergüten[38]). § 487 Abs. 2.

29) Damit der Verkäufer sofort weiß, daß seine Gewährleistungspflicht in Anspruch genommen wird, sodaß er auch seinerseits das Thier untersuchen und seine eventuellen Gegenbeweise sammeln kann.

30) Der Todestag des Thiers wird nach allgemeinen Grundsätzen nicht mitgerechnet. S. über die Fristberechnung §§ 187, 188 BGB.

31) Gegen die allgemeinen Grundsätze Bd. I § 88. Das Detail ist wie zu § 478 BGB. S. o. § 223 Note 19.

32) S. §§ 485 ff. CPO. Der Antrag ist regelmäßig bei dem Amtsgericht des Ortes anzubringen, wo sich das Thier befindet. § 486 Abs. 2 u. 3 CPO.

33) Wie in § 223 Ziff. 3 Note 18. — Der Käufer hat zur Geltendmachung seiner Rechte entweder die Wahrung der Frist oder die Arglist des Verkäufers zu beweisen.

34) S. o. Ziff. 1. — Ueber den Ersatzanspruch ist hier nichts mehr zu sagen. Nur über die beiden anderen Ansprüche. S. Ziff. 4 u. 5.

35) Im Gegensatz zu §§ 351—353 BGB. u. oben § 222 I Ziff. 2a. Das Wandelungsrecht mußte ausgedehnt werden, da Minderung nicht stattfindet.

36) Z. B. das Sachverständigengutachten lautet auf Heilbarkeit der Krankheit, während der Käufer das Thier vorzeitig dem Schlächter überantwortete.

37) Im Uebrigen verbleibt es bei der Herausgabepflicht der Surrogate (§ 281 BGB.).

Bei bloßen Verschlechterungen ist zu unterscheiden:

α. Eine wesentliche Verschlechterung wird wie vollständiger Untergang des Thieres behandelt. Verkäufer braucht also das Thier nicht zurückzunehmen und kann, wenn die Verschlechterung vom Käufer zu vertreten ist, den Werth fordern[39]).

β. Ist die Verschlechterung unwesentlich, so darf der Käufer das Thier zurückgeben und hat, wenn er für die Verschlechterung verantwortlich ist, den Minderwerth des Thieres zu vergüten[40]). § 487 Abs. 3[41]).

b) Die Verpflichtungen des Käufers aus der Wandelung[42]) werden durch die obigen Vergütungen vermehrt. Dagegen hat er Nutzungen des Thieres nur insoweit zu ersetzen, als er sie wirklich gezogen hat[43]) — es liege denn in der Nichtziehung ein Verstoß gegen Treu und Glauben[44]). § 487 Abs. 4.

Anderseits hat der Verkäufer außer den gewöhnlichen Leistungen[45]) dem Käufer auch die erforderlichen Kosten der Fütterung und Pflege, der thierärztlichen Untersuchung und Behandlung sowie der nothwendig gewordenen Tödtung und Wegschaffung des Thieres zu ersetzen[46]). § 488[47]).

c) Schließlich kann nach Erhebung der Wandelungsklage[48]) jede Partei die öffentliche Versteigerung des Thieres und Hinterlegung des Erlöses beantragen, sobald die Besichtigung des Thieres

---

38) Der wahre Werth des Thieres zur Zeit des Vollzugs der Wandelung. Planck § 487 Note 2a.

39) Schon im § 351 wird die wesentliche Verschlechterung dem Untergange gleichgestellt, also auch hier. S. auch a contr. § 487 Abs. 3.

40) Die Werthminderung vom Kauf bis zum Vollzug der Wandelung (vgl. oben Note 38). Die Abschätzung des Minderwerths wird freilich oft nicht leicht sein.

41) Im Uebrigen s. Note 37 für beide Fälle.

42) S. im Allgemeinen oben § 222 I Ziff. 2b.

43) Nicht insoweit er sie nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft hätte ziehen können (oben § 222 zu Note 85). Das kranke Thier braucht nicht zur Wirthschaft verwendet zu werden.

44) Replicatio doli. S. o. Bd. I § 36. Vgl. Dernburg § 192 Note 6.

45) S. o. § 222 zu Note 80 ff.

46) Dem Wesen nach sind dies Verwendungen auf die Kaufsache, die aber häufig außer Verhältniß zum Werthe derselben stehen, und daher durch besondere Vorschrift zu regeln waren. Das Gesetz erklärt sie (in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzen) für ersatzfähig, weil der Käufer regelmäßig keine entsprechenden Nutzungen aus dem kranken Thiere erlangt. Soweit er solche erlangt hat, sind sie selbstredend gegen den Aufwand zu verrechnen.

47) Sonstige Schadensersatzansprüche folgen auch hier nicht aus der Wandelung: z. B. Aufwendungen zum Schutze gegen Seuchengefahr ꝛc. S. § 222 Note 81.

48) Oder sonstiger Anhängigkeit des Rechtsstreits.

nicht mehr erforderlich ist[49]). Dem Antrag ist beim Vorliegen dieser Voraussetzungen durch einstweilige Verfügung stattzugeben[50]). § 489.

5. Der Anspruch des Käufers auf Nachlieferung eines *mangelfreien Thieres* an Stelle des mangelhaften bei *Gattungskäufen* ist dem Wandelungsanspruch nachgebildet[51]). Doch findet *der Umtausch, wenn das Thier nicht mehr vorhanden ist, nur im Rahmen der gewöhnlichen Vorschriften* statt[52]). Die anderen Besonderheiten des Viehwandelungsrechts aber gelten auch hier[53]), da sie auf der Natur der Sache beruhen resp. sich aus praktischen Rücksichten empfehlen. § 491[54]).

6. Sämmtliche Viehgewährschaftsansprüche, mit Ausnahme des Schadensersatzanspruches wegen Argliſt[55]), *verjähren in 6 Wochen*. Doch beginnt die Verjährung erst *mit Ablauf der Gewährfrist*[56]). Im Uebrigen gelten die allgemeinen Verjährungsvorschriften[57]) und die besonderen der Gewährschaftsverjährung[58]); doch sind die Fristen der §§ 210, 212, 215 BGB. auf 6 Wochen herabgesetzt[59]). Ebenso bleibt

7. nach Vollendung der Verjährung dem Käufer die *Gewährschaftseinrede* und die Befugniß der *Aufrechnung seines Schadensersatzanspruchs wider die Kaufpreisforderung* erhalten[60]), und zwar, da die Mängelanzeige an den Verkäufer hier nothwendig bereits einmal erfolgt ist[61]), *ohne weitere Voraussetzungen*. §§ 490[62]), 491.

---

49) Der Grund ist Kostenersparniß.

50) Erlaß der Verfügung durch das Prozeßgericht. S. §§ 937 ff. CPO. Das summarische Verfahren ist zur Beschleunigung vorgeschrieben. S. auch oben Bd. I § 132. Besondere Dringlichkeitsgründe brauchen nicht vorzuliegen (sie liegen in der Sache selbst).

51) S. o. § 222 Ziff. III. Danach müßten die obigen *Ausdehnungen* des Wandelungsrechts (Ziff. 4) an sich auch auf diesen Anspruch Anwendung finden. Doch ist dies nur zum Theil der Fall. S. den Text.

52) *Also nicht, wenn das Thier aus den Gründen Ziff. 4a oben nicht mehr zurückgegeben werden kann.*

53) S. o. Ziff. 4b und c.

54) Wegen der Verjährung s. noch unten Ziff. 6.

55) Entsprechend den allgemeinen Vorschriften oben § 223 bes. Ziff. 1. Hier verbleibt es bei der gewöhnlichen 30jährigen Verjährung.

56) *Der gesetzlichen oder vertragsmäßigen.* §§ 482 ff., 486 BGB. Es schließt sich Frist an Frist an. — Die Verjährung beginnt also nicht (wie gewöhnlich) mit der Ablieferung des Thiers.

57) Bd. I §§ 114 ff.

58) § 477 BGB. u. oben § 223 Ziff. 2. Z. B. daß die Unterbrechung der Verjährung des einen Anspruchs auch für den anderen wirkt.

59) Es handelt sich um Fristen, bei deren Wahrung eine *Unterbrechung* der Verjährung als erfolgt oder nicht erfolgt gilt (s. o. Bd. I § 116 zu Noten 22, 27, 30). Diese Fristen sollen hier nicht länger sein als die ganze Verjährungsfrist.

60) S. o. § 223 Ziff. 3 u. 4.

61) S. o. Ziff. 3b. — Bei Argliſt des Verkäufers ist sie überhaupt nicht erforderlich. §§ 478, 479 BGB.

8. Es ist bereits erwähnt, daß die Parteien die Viehgewährschaft durch Vertrag auch abweichend bestimmen können[63]).

a) Verlängern oder verkürzen sie die gesetzliche Gewährfrist, so gelten die obigen Regeln mit der Maßgabe, daß die bedungene Frist an Stelle der gesetzlichen tritt. § 486.

b) Ist vom Verkäufer Gewährleistung auch für andere als Hauptmängel übernommen, so haftet er dafür nach Viehwährschaftsregeln, nicht nach den allgemeinen Grundsätzen über die Gewährleistung[64]). Die Haftung kann mit oder ohne Gewährfrist[65]) übernommen sein. Ersterenfalls ist Voraussetzung der Haftung, daß der Mangel sich in der Gewährfrist zeigt[66]). Letzterenfalls braucht der Mangel nicht binnen bestimmter Frist hervorzutreten: doch muß der Käufer das Vorhandensein des Mangels im Augenblicke des Gefahrübergangs beweisen. Die Verjährung der Ansprüche[67]) beginnt in diesem Fall mit Ablieferung des Thieres[68]). § 492.

D. Besondere Arten des Kaufs.

§ 225.

1. Kauf nach Probe.

An die Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Mängel der Sache schließt sich der Kauf nach Probe[1]). § 494 BGB. Soll das Kaufobjekt einer beim Vertragsschluß vorliegenden Probe oder einem Muster entsprechen, so steht dies inhaltlich einer Zusicherung von Eigenschaften gleich wie sie das Muster aufweist[2]). Daneben

62) § 490 i. f. ist sehr undeutlich gefaßt. Man könnte danach glauben, daß für die Aufrechnung weniger Beschränkungen aufgestellt würden, als für die Einrede.

63) Modifizirte Uebernahme der Gewährleistung, im Gegensatz zur Zusicherung von Eigenschaften. S. o. Ziff. 1a und gegen Ende.

64) Also z. B. unter Ausschluß des Preisminderungsrechts; die Wandelung erfolgt nach den besonderen Grundsätzen von Ziff. 4; der Wandelungsanspruch verjährt in 6 Wochen ꝛc.

65) Die Dauer der Gewährfrist ist von den Parteien festzusetzen.

66) Dann wird sein Dasein im Momente des Gefahrübergangs nach § 484 BGB. vermuthet.

67) S. o. Ziff. 6.

68) Wie nach den allgemeinen Vorschriften. S. o. § 223 Ziff. 2.

1) Hier werden nur einzelne Kaufarten erwähnt, für die das Gesetz Sondervorschriften gibt. Andere sind entweder bei der Begriffsbestimmung des Kaufes erwähnt (wie z. B. der Baarkauf, Kreditkauf, Versendungskauf u. s. w.) oder sie sind nach der Parteiabrede und den Regeln des allgemeinen Schuldrechts zu beurtheilen (z. B. die in diem addictio). Ueber kaufähnliche Geschäfte s. noch unten § 229.

2) S. hierzu Cropp in Heise u. Cropp, Abh. Bd. 1 S. 208. Der Kauf ist

können noch andere Eigenschaften (ohne Rücksicht auf die Probe) zugesichert sein. Beides verträgt sich sehr gut[3]). Dennoch ist der Kauf nach Probe eine besondere Art des Kaufs[4]).

1. Entspricht der gelieferte Gegenstand der Probe nicht, so hat hiernach der Käufer die gewöhnlichen Ansprüche wegen Mängel der Sache (oben §§ 220 ff.): er kann wandeln, mindern, Schadensersatz wegen Nichterfüllung und eventuell die Lieferung probemäßiger Waare verlangen[5]). Anderseits ist die Frage der Uebereinstimmung mit der Probe nicht rein naturwissenschaftlich, sondern nach wirthschaftlichen Gesichtspunkten unter Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr[6]) sowie nach den Umständen des Falles[7]) zu beantworten[8]).

2. Im Streitfall hat, falls nicht die Waare schon angenommen war[9]), der Verkäufer die Probemäßigkeit seiner Lieferung zu beweisen[10]). Dies thut er regelmäßig durch Bezugnahme auf die Probe[11]). Ist sie nicht mehr vorhanden, so trifft ihn der Nachtheil seiner Beweislast[12]). Doch soll ihn dies selbstverständlich nicht dem Leichtsinn oder

---

also regelmäßig unbedingt; er ist nicht abhängig gemacht von einer Lieferung, die der Probe entspricht. Letzteres wäre ein andersartiges Geschäft. — Wieder verschieden ist der Kauf zur Probe: ein gewöhnlicher Kauf, bei dem nur der Beweggrund hervorgehoben ist (weitere Bestellungen machen zu wollen, wenn die Waare gefalle).

3) Z. B. das Gewebe soll ein bestimmtes vorgelegtes Muster aufweisen, dabei aber von einer besonderen Stärke oder feuerfest sein. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 27 S. 19.

4) Dies bringt das Gesetz durch Stellung und Ueberschrift des § 494 deutlich zum Ausdruck und es hat praktische Folgen. Wie beim Handkauf (s. o. § 211 Ziff. 2), liegt ein besonderer Geschäftstypus vor, der vom gewöhnlichen abweicht. Klagt daher der Verkäufer den Preis ein, während Käufer nur einen Kauf nach Probe zugibt, so muß Verkäufer sein präsentes Recht, also daß nicht nach Probe gekauft ist, beweisen. S. schon oben Bd. I § 127 Note 13. A. M. Dernburg § 194 Ziff. III, Oertmann § 494 Note 4, aber nur mit Ausnahmen!

5) Vgl. §§ 459 Abs. 2, 462, 463, 480 BGB. — Heimliche Mängel der Probe sind nicht als bedungene Eigenschaften der Kaufsache anzusehen. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 37.

6) Z. B. die eine Ernte fällt etwas anders aus als die andere; auch die fabrikmäßige Produktion liefert nicht durchweg gleiche Waare. Der Markt kennt aber regelmäßig eine gewisse Grenze der zulässigen Abweichung. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 86.

7) Bei richtiger Vertragsauslegung. S. Bd. I § 91.

8) Danach kann der Spielraum noch weiter, — umgekehrt aber auch absolute Uebereinstimmung mit der Probe erforderlich sein. Letzteres muß Käufer aber beweisen.

9) Arg. § 363 BGB. u. oben Bd. I § 127 i. f.

10) S. o. § 220 zu Note 67.

11) Es entscheidet dann sachverständiges Gutachten, ob das Gelieferte der Probe entspricht.

12) Natürlich kann der Verkäufer den ihm obliegenden Beweis auf jede andere Art führen. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 88. OLG. Karlsruhe in

der Willkür des Käufers ausliefern. War also die Probe dem Käufer übergeben, so haftet dieser für sorgfältige Aufbewahrung und Vorlegung der Probe in dem Sinne, daß andernfalls den Angaben des Verkäufers über die Probemäßigkeit der Waare Glauben zu schenken und dem Käufer der Gegenbeweis aufzubürden ist, daß die Waare nicht probemäßig sei[13]).

Ist die Probe vorgelegt, bestreitet aber der Verkäufer die Identität, so muß er die mangelnde Identität beweisen[14]), da Verfälschungen nicht ohne Weiteres vermuthet werden. Außerdem hat der Verkäufer sich vertragsmäßig auf die dereinst vorzulegende Probe verbunden[15]).

3. Die Probe ist regelmäßig nicht als Theil der Hauptleistung anzusehen.

§ 226.

2. Kauf auf Probe*.

Der Kauf auf Probe oder „auf Besicht" ist ein bedingter Kauf[1]). Er steht unter der Bedingung der Billigung der Waare durch den Käufer. Dieser darf die Waare prüfen und sich alsdann entschließen, ob der Handel bestehen soll oder nicht[2]). § 495 BGB. Die Billigung ist einseitige Erklärung des Käufers: sie ist die Bedingung, auf deren Eintritt das Kaufgeschäft gestellt ist. Die Erklärung bedarf daher nicht der für den Kaufabschluß vorgeschriebenen Form[3]).

Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsr. Bd. 38 S. 201. Der Text ist die herrschende Ansicht. A. M. Oertmann § 494 Note 4.

13) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 9 S. 27, Bd. 23 S. 308 u. d. RG. Bd. 20 S. 5. Dernburg § 194 Ziff. IV; Oertmann a. a. O. Laxer, aber kaum zutreffend, RG. Bd. 11 S. 36.

14) Ebenso die herrschende Ansicht, Dernburg a. a. O. Ziff. III, Entsch. d. ROHG. Bd. 6 S. 339, Bd. 12 S. 9. A. M. Oertmann a. a. O.

15) Daher muß umgekehrt, wenn der Verkäufer die Probe vorzulegen hat, der Käufer die mangelnde Identität beweisen.

*) S. Fitting in Goldschmidt's Ztschr. f. Handelsr. Bd. 2 n. 5, Bd. 5 n. 3; Unger eod. Bd. 3 n. 7. Fitting im Archiv f. civ. Praxis Bd. 46 n. 11; Unger in Ihering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 25 n. 6; Fr. Leonhard eod. Bd. 39 n. 4.

1) Also kein bloßer Kaufantrag (auf letzteren ist § 496 BGB. nicht anwendbar, sondern §§ 145 ff. BGB.). Noch weniger liegt eine bloße Ansichtssendung, d. i. Aufforderung zu Anträgen des Käufers vor (hier sind beide Parteien ungebunden). — Ueber andere Konstruktionen s. Leonhard S. 181 ff. u. Cit.

2) Es entscheidet das subjektive Ermessen des Käufers. Diese Klausel hat Bedenken, ist aber seit Alters her immer zugelassen worden. S. o. Bd. I § 97 bei und in Note 10. — § 496 BGB. setzt der Willkür Schranken. Weitere können (müssen aber nicht) durch die Parteivereinbarung gesetzt sein. S. u.

3) Z. B. bei Grundstückskäufen nach § 313 BGB.

1. Da die Bedingung in das Belieben des Käufers gestellt ist, ist letzterer bis zu seiner Erklärung noch nicht an das Geschäft gebunden, wohl aber der Verkäufer. Letzterer muß jedenfalls liefern, wenn es der Käufer durch Erklärung der Billigung verlangt. Schon inzwischen ist Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Kaufgegenstandes zu gestatten[4]). § 495 Abs. 2.

Die Untersuchung setzt nicht unbedingt voraus, daß der Kaufgegenstand dem Käufer übergeben wurde. Alles hängt von den Umständen resp. der Vereinbarung der Parteien ab. Es gibt also einen Kauf auf Probe mit oder ohne Uebergabe der Sache. Aus der Uebergabe allein folgt auch nichts für die Art der Bedingung. Letztere kann nach allgemeinen Grundsätzen eine aufschiebende oder eine auflösende[5]) sein. Im Zweifel ist sie eine aufschiebende Bedingung. § 495 Abs. 1.

2. Schon vor der Billigung ist ein Kaufgeschäft vorhanden, aber eben nur ein bedingtes. Daher steht auch bei aufschiebender Bedingung der Käufer keineswegs so da, als ob gar kein Geschäft geschlossen worden wäre. Zwar trägt er bis zur Billigung noch keine Gefahr[6]); aber er muß den ihm zur Untersuchung übergebenen Gegenstand ordnungsmäßig erhalten und aufbewahren, die Untersuchung mit gehöriger Schonung vornehmen, und darf die Sache, abgesehen von Probezwecken[7]), keineswegs in eigenen Nutzen und Gebrauch nehmen[8]). Schließlich hat er im Falle der Nichtbilligung die übergebene Sache auf seine Kosten dem Verkäufer zurückzustellen[9]). Ist dies nicht oder nicht mehr in unversehrtem Zustand möglich, so haftet Käufer auf Schadensersatz, sofern er nicht darthun

---

4) Daraus folgt aber nicht, daß die Billigung vom Ausfall der Untersuchung abhinge. Regelmäßig darf der Käufer die Billigung auch dann verweigern, wenn an dem Kaufgegenstande objektiv nichts auszusetzen ist. Das Gegentheil kann aber bedungen sein.

5) Bedingung der Displicenz. Hier ist das Kaufgeschäft zunächst vollwirksam, fällt aber durch Erklärung der Nichtbilligung des Käufers zusammen. Dies ist von einem bedungenen Rücktrittsrecht (s. o. §§ 174 ff.) zu unterscheiden und im Leben keineswegs gewöhnlich.

6) S. o. § 213 Ziff. 3a. Anders bei auflösender Bedingung. Aber in beiden Fällen kann er die Billigung des Kaufs, da er sie frei verweigern darf, auch deshalb verweigern, weil der Kaufgegenstand inzwischen untergegangen oder verschlechtert ist! Dies wird von Dernburg § 193 Note 6 nicht berücksichtigt.

7) Wie weit diese gehen, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung.

8) Er haftet mindestens auf Erstattung der dadurch erzielten Bereicherung. S. im Uebrigen noch oben § 144. Vortheile, die der Probegebrauch mit sich brachte, braucht Käufer dagegen nicht zu erstatten.

9) Dernburg § 193 Ziff. VIII.

kann, daß die Unmöglichkeit auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande beruht[10]).

Auch in Ansehung der Billigung sind dem Käufer gewisse Schranken gesetzt:

a) Er muß sich innerhalb bestimmter Frist darüber erklären. Die Frist kann im Vertrage festgesetzt sein; in Ermangelung dessen darf der Verkäufer eine angemessene Frist für die Besichtigung und Erklärung bestimmen[11]). Erklärt sich der Käufer innerhalb der Frist nicht, so gilt dies, wenn ihm die Sache zum Zwecke der Besichtigung übergeben war, als Billigung, andernfalls als Mißbilligung. § 496 BGB.

Hieraus ergibt sich, daß die Erklärung der Billigung oder Mißbilligung auch indirekt geschehen kann[12]), also nicht nothwendig vom Verkäufer empfangen werden muß[13]).

b) Der Käufer hat regelmäßig volle Entschlußfreiheit, die Billigung zu ertheilen oder zu versagen. Er kann sie also auch deshalb versagen, weil er der Sache persönlich nicht mehr bedarf, oder weil sie verschlechtert ist[14]). Es ist aber auch möglich, daß die Entscheidung des Käufers nach billigem Ermessen erfolgen soll[15]), in welchem Fall der Käufer die erklärte Mißbilligung sachlich rechtfertigen muß, und die Entscheidung der eventuellen gerichtlichen Korrektur unterliegt[16]).

3. Ob Kauf auf Probe vorliegt oder ein unbedingter Kauf geschlossen ist, kann unter Umständen zweifelhaft sein. Es entscheidet nicht lediglich die Ausdrucksweise, sondern der Gesammtinhalt des Geschäfts[17]).

---

10) Nach allgemeinen Grundsätzen. S. o. §§ 157, 158 ff. Z. B. bei Verschlechterung, die durch den Probegebrauch unvermeidlich war. — Der Käufer kann sich durch eventuelle Billigung und Behalten der Sache von der Ersatzpflicht befreien.

11) Es gelten entsprechend die obigen Ausführungen § 151 Note 8 ff.

12) Z. B. auch durch Verbrauchen der Waare, Zahlung des Preises ꝛc.

13) Gemäß Bd. I §§ 86, 88. — Folglich trägt Verkäufer auch die Gefahr, wenn die Erklärung nur richtig (innerhalb der Frist) abgesendet worden ist. Letzteres muß aber der Käufer beweisen. Es entspricht nicht der Auffassung des Lebens, nachdem der Verkäufer den Vertrag und die Fristsetzung bewiesen hat, ihm auch noch den Beweis aufzuerlegen, daß Käufer innerhalb der Frist geschwiegen habe! Käufer hat sich nach Verkehrsregeln den Beweis seiner Erklärung zu sichern (z. B. durch Postschein u. s. w.). So auch Dernburg § 193 Note 7.

14) S. schon Note 6.

15) Nach Art des § 315 BGB. Also z. B. je nach der Brauchbarkeit der Waare für irgend einen im Vertrag bezeichneten Zweck.

16) Entsprechend dem oben § 146 gegen Ende Gesagten.

17) § 133 BGB. Z. B. „Nichtkonvenirendes soll zurückgeschickt oder umgetauscht werden dürfen".

Besonders wichtig ist daher für Zweifelsfälle die Frage der Beweislast. Diese richtet sich nach den allgemeinen Regeln über bedingte Geschäfte[18]) und, falls die Bedingung feststeht, nach der Vermuthung für aufschiebende Bedingung (§ 495). Folglich hat der Verkäufer, wenn er den Preis fordert, die Unbedingtheit des Geschäftes zu beweisen.

4. Da unser Geschäft von einer Billigung der Waare seitens des Käufers abhängt, so folgt schließlich, daß Mängel der Sache von ihm nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn sie im Augenblick der Billigung erkennbar waren[19]).

§ 227.

3. Wiederkauf.

Verpflichtet sich der Käufer eines Gegenstandes im Kaufvertrage zur dereinstigen Rückveräußerung des Gegenstands an den Verkäufer[1]), so entsteht aus der Klausel des Hauptgeschäfts ein Recht des Verkäufers auf Rückgewähr des Gegenstandes wider den Käufer (Wiederkaufsrecht). Das Recht geht nicht — gleich dem aus einem Vorvertrage[2]) — dahin, den Gegner zum Abschluß eines Rückkaufes zu nöthigen, sondern es ist ein vom Verkäufer einseitig geltend zu machendes Recht[3]): eine Befugniß zum Rückerwerb des unter Vorbehalt verkauften Gegenstandes. Der Wiederkauf kommt hiernach mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer[4]) zu Stande, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe[5]). Diese Erklärung ist nicht als Annahme eines im ursprünglichen Kaufgeschäft enthaltenen Verkaufsangebotes zu denken[6]), sondern lediglich als Be-

18) S. o. Bd. I § 127, besonders zu Note 13—14.

19) Dies geht über §§ 460, 464 BGB. hinaus, folgt aber aus der besonderen Natur des Geschäfts resp. dem Charakter der Billigung. Von erkennbaren Mängeln wird der Käufer, nachdem er die Sache untersucht, nicht sagen können, daß sie ihm unbekannt geblieben seien. Wäre es dennoch der Fall, so hat er sich die Folgen selbst zuzuschreiben. Zustimmend im Resultat Dernburg § 193 Ziff. IX.

1) Pactum de retrovendendo. Vgl. bereits römisch l. 12 Dig. de praescr. verb. 19, 5; l. 2, 7 Cod. de pact. int. emt. et vend. 4, 54. Aehnlich Preuß. A.L.R. I Tit. 11 §§ 296, 311; Code Nap. Art. 1659 ff.; Sächs. GB. §§ 1131, 1134.

2) S. o. § 167 Ziff. III. Dies war die gemeinrechtlich vorherrschende Ansicht.

3) Dies sagt § 497 Abs. 1 BGB. ausdrücklich. Dadurch hat die Lehre einen großen Schritt vorwärts gemacht. Trotzdem ist die Konstruktion des Wiederkaufsrechtes zur Zeit noch keineswegs unbestritten (s. u.).

4) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. o. Bd. I § 88. Die Erklärung ist, wenn sie empfangen wurde, nach allgemeinen Grundsätzen unwiderruflich.

5) Man nennt den Rückerwerber auch Wiederkäufer.

6) So Planck zu § 497. S. daselbst Note 3 Abs. 2 gegen die Ansicht von Schollmeyer S. 23, daß der Wiederkäufer ein Recht auf Einlösung

dingung des Rückerwerbs des Käufers[7]). Die Erklärung bedarf daher nicht der für den Kaufvertrag vorgeschriebenen Form[8]). § 497 Abs. 1 BGB[9]).

1. Da die Abgabe der Wiederkaufserklärung in das Belieben des Wiederkäufers gestellt ist, ist dieser nicht, wohl aber sein Gegner inzwischen an den Wiederkauf gebunden. Er muß dem Wiederkäufer den Gegenstand zurückliefern, wenn letzterer es mittelst der Wiederkaufserklärung verlangt. Diese Gebundenheit des Wiederverkäufers dauert bis zum Ablauf der zur Ausübung des Wiederkaufsrechts bestimmten Frist; in Ermangelung einer besonderen Bestimmung[10]) bis zu 3 Jahren, bei Grundstücken bis zu 30 Jahren. § 503 BGB.

2. Das Wiederkaufsrecht ist hiernach ein äußerst weitgehendes Recht[11]). Auch in wirthschaftlicher Beziehung ist es nicht unbedenklich. Verkäufe mit Wiederkaufsvorbehalt (Rückkaufsgeschäfte) werden meist geschlossen in Fällen dringender Noth[12]), während der Käufer lediglich Darlehnszwecke verfolgt und in dem Kaufobjekt eigentlich nur ein Pfand[13]) für den gewährten Kredit erblickt. Derartige Zwecke treten besonders in der ungleichen Festsetzung des Kauf- und Wiederkaufspreises zu Tage. Letzterer ist solchenfalls höher, weil er Zwischenzinsen und Entgelt für das vom Kreditgeber gelaufene Risiko ꝛc. umfaßt. Nur im Zweifel soll nach § 497 Abs. 2 BGB. der ursprüngliche Kaufpreis und der Wiederverkaufspreis gleich sein[14]).

3. Mißbräuchen in der angedeuteten Richtung begegnen einestheils

---

des Kaufgegenstandes gegen Erstattung des Kaufpreises habe. — Ebensowenig liegt ein bedungenes Rücktrittsrecht (s. o. §§ 174 ff.) vor. Denn der Rückkaufspreis kann vom ursprünglichen Preise abweichen. S. noch unten Ziff. 5a.

7) Wie beim Kauf auf Probe (oben § 226) ruhen die Keime des Erwerbsrechts des Wiederkäufers in dem ursprünglichen Kaufgeschäft. Dieses enthält hier den Wiederverkauf, dessen Vollendung von der in das freie Belieben des Wiederkäufers gestellten Abgabe der Wiederkaufserklärung (wie dort der Billigungserklärung) abhängt. Vgl. Oertmann vor § 497; Ennecerus § 252 I; Mathiaß § 110 Ziff. VI A.

8) Z. B. bei Grundstückskäufen nach § 313 BGB. — Wohl aber bedarf dieser Form die ursprüngliche Wiederkaufsklausel, z. B. wenn sie nicht schon im eigentlichen Kaufgeschäft enthalten ist.

9) Ebensowenig ist mit der Erklärung bereits die Zahlung des Wiederkaufspreises zu verbinden. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 281.

10) Im ursprünglichen oder in einem späteren Vertrage der Parteien.

11) Dasselbe ist nach den allgemeinen Vorschriften auch vererblich und veräußerlich. S. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 218.

12) Man hofft, den verkauften Gegenstand demnächst wieder „einlösen" zu können.

13) Ein Eigenthumspfand (fiducia). S. schon oben Bd. I § 76 zu Note 3.

14) Anderseits kann der Wiederkaufspreis z. B. auch im derzeitigen Schätzungswerth bestehen. Vgl. § 501 BGB.

die allgemeinen Wuchervorschriften[15]), anderseits Schutzvorschriften gegenüber dem gewerbsmäßigen Abschluß derartiger Geschäfte. Die betreffenden Geldgeber (Rückkaufshändler) werden den gewerblichen Pfandleihern gleichgestellt. § 34 Abs. 2 GewO. Als solche unterfallen sie den in Art. 94 EG.BGB. vorbehaltenen landesgesetzlichen Bestimmungen über den Geschäftsbetrieb derartiger Pfandleiher[16]).

Andere Schutzvorschriften liegen in der näheren Ausgestaltung des Wiederkaufsrechtes selbst. Das Gesetz hält die Rechte des Wiederkäufers in möglichst engen Grenzen.

4. Hierhin gehört vor Allem, daß das Wiederkaufsrecht nur als ein rein obligatorisches Recht anerkannt ist[17]). Es wirkt grundsätzlich nur unter den Parteien, nicht gegen Dritte, daher auch nicht gegen die Gläubiger des Wiederverkäufers[18]). Nur der ursprüngliche Käufer ist verpflichtet, das Kaufobjekt dem Berechtigten herauszugeben (§ 498 Abs. 1), nicht ein Dritter, an den der Gegenstand inzwischen durch eine kontraktwidrige Verfügung gekommen ist[19]). Immerhin haftet der Dritte in Kollusionsfällen als Mitwisser resp. Mitthäter nach § 826 BGB. auf Schadensersatz[20]). Auch kann nach allgemeinen Grundsätzen[21]) das Wiederkaufsrecht, insofern es einen bedingten Anspruch auf Einräumung des Eigenthums ꝛc. an einem Grundstücke enthält[22]), nach § 883 BGB. im Grundbuch vorgemerkt und dadurch dinglich gesichert werden[23]). Beim Verkauf beweglicher Sachen hilft unter Umständen die Knüpfung der Uebergabe an eine Bedingung[24]).

15) S. o. Bd. I § 85 zu Note 12 ff. Z. B. bei auffälligem Mißverhältniß von Kaufs- und Wiederkaufspreis ꝛc.

16) Davon wird im Sachenrechte die Rede sein.

17) Im Gegensatz zum Vorkaufsrecht. S. §§ 504 ff., 1094 ff. BGB und unten diese Lehre.

18) Diese brauchen die Ansprüche des Wiederkäufers auf den Gegenstand nicht anzuerkennen. Der Wiederkäufer hat im Konkurs des Wiederverkäufers kein Aussonderungsrecht, sondern nur einen Schadensersatzanspruch (s. folgende Note) als Konkursforderung.

19) So besonders energisch die Motive Bd. 2 S. 339. In praxi verhält sich die Sache keineswegs so schroff. S. gleich unten. — Selbstverständlich haftet der Wiederverkäufer, der durch anderweitige Veräußerung des Objekts die Rückgabe unmöglich machte, nach allgemeinen Grundsätzen auf Schadensersatz. (Der eigenen Verfügung des Wiederverkäufers steht auch hier diejenige gleich, die wider ihn im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung oder des Konkurses erfolgt. S. auch § 499 S. 2 BGB.)

20) Im Verein mit dem Wiederverkäufer als Gesammtschuldner. S. auch Dernburg § 198 Ziff. II.

21) S. o. Bd. I § 132 Ziff. II.

22) Das Grundstück selbst oder ein (veräußerliches) Recht am Grundstücke kann unter dem Vorbehalte verkauft und übertragen sein; ebenso eine servitus constituenda.

23) Dinglich gesichert ist dadurch der Anspruch des Wiederkaufs-

Anderseits involvirt die persönliche Verpflichtung des Wiederverkäufers nach allgemeinen Grundsätzen eine Restitutionspflicht. Der Wiederverkäufer darf also den Wiederkäufer nicht schlechthin mit Gelderſatz abſpeiſen[25]), ſondern hat zunächſt die Ablöſung der von ihm begründeten kollidirenden Rechte zu verſuchen. § 499 BGB[26]).

5. Im Uebrigen entſteht aus der Wiederkaufserklärung ein gegenſeitiges Rechtsverhältniß der Parteien wie aus einem abgeſchloſſenen Kaufe: alſo Verpflichtungen des Wiederverkäufers auf Herausgabe[27]) des Kaufgegenſtands mit Zubehör, ſoweit ſolches zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufs vorhanden iſt (§ 498 Abſ. 1), — des Wiederkäufers auf Zahlung des Wiederkaufspreiſes ꝛc.[28]).

a) Der Wiederkauf bezweckt nicht, die Wirkungen des urſprünglichen Kaufgeſchäfts auch für die Vergangenheit zu beſeitigen[29]). Arg. § 498 i. f. Nur das folgt aus der Klauſel, daß der Wiederverkäufer vom Augenblick des Vorbehalts an das Kaufobjekt als ein eventuell zurückzugebendes zu hüten und zu erhalten hat. Demgemäß haftet er für jede verſchuldete Verſchlechterung, Vernichtung oder ſonſtige Unmöglichkeit der Herausgabe[30]), ebenſo für eine von ihm bewirkte[31]) weſentliche Veränderung des Objekts auf Schadenserſatz. Nicht aber für ſonſtige Umſtände, welche die Rückgabe beein-

---

berechtigten gegen der Eintragung nachfolgende kollidirende Verfügungen, Veräußerungen und Belaſtungen, ſoweit ſie ſeine Rechte beinträchtigen. Zwiſchen anderen Perſonen wird ein Wiederkaufsanſpruch durch die Vormerkung nicht geſchaffen. S. § 1094 Abſ. 1 BGB. Das Grundſtück als ſolches iſt nicht mit dem Wiederkaufsrecht belaſtet. (Eine partikulare Ausnahme bei den preuß. Rentengütern. Art. 29 Preuß. A.G. Dernburg § 198 Ziff. VIII.)

24) S. hierzu jedoch oben Bd. I § 85 i. f. beſ. Note 35.

25) S. o. Note 19.

26) Ebenſo wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollſtreckung, Arreſtvollziehung oder im Konkursverfahren gegen den Wiederverkäufer durch den Konkursverwalter erfolgte. § 499 i. f.

27) Reſp. Uebereignung. Arg. § 433 BGB. — Die Gefahrtragung beim Wiederkauf beurtheilt ſich nach §§ 446 ff. BGB. u. ſ. w.

28) Und zwar ſelbſtverſtändlich Zug um Zug nach Maßgabe der Ausführungen oben §§ 168 ff., 215 ff.

29) Auch darin unterſcheidet er ſich vom vorbehaltenen Rücktrittsrecht von einem Vertrage. S. o. § 174. Z. B. die Nutzungen des Kaufobjekts aus der Zwiſchenzeit verbleiben dem Wiederverkäufer. Der Wiederkäufer hat den Kaufpreis für die Zeit vor Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht zu verzinſen. Das Zubehör der Kaufſache iſt auch dann herauszugeben, wenn es inzwiſchen vermehrt und verbeſſert wurde. S. jedoch unten.

30) S. dazu oben § 175 bei Note 4.

31) In dieſer Hinſicht iſt er für ſeine eigenen Handlungen ſchlechthin verantwortlich. — Selbſtverſtändlich haftet er auch nach allgemeinen Grundſätzen (§ 278 BGB.) für ſeine geſetzlichen Vertreter und Hülfsperſonen.

trächtigen. Wegen dieser steht dem Berechtigten nur die freie Wahl zu, von seinem Recht Gebrauch zu machen oder nicht[32]). § 498 Abs. 2[33]).

Anderseits kann der Wiederverkäufer wegen Verwendungen, die er vor Ausübung des Wiederkaufsrechts[34]) auf den Kaufgegenstand oder dessen Zubehör gemacht hatte, Ersatz verlangen, soweit der Werth des Gegenstandes sich dadurch zu Zeit erhöht findet. Andere Verwendungen können nur nach allgemeinen Grundsätzen[35]) wieder hinweggenommen werden[36]). § 500.

b) Eine Abweichung erleiden diese Grundsätze, wenn als Wiederkaufspreis der gegenwärtige Schätzungswerth des Gegenstands (zur Zeit der Ausübung des Wiederkaufsrechtes) bestimmt ist. In diesem Falle finden die zwischenzeitlichen Verbesserungen und Verschlechterungen schon in der Bemessung des Wiederkaufspreises Berücksichtigung. § 501. Es haftet daher der Wiederverkäufer nur für besondere Schäden, die er dem Wiederkäufer, z. B. durch eine wesentliche Veränderung des Gegenstands, zugefügt hat[37]).

c) Endlich können die Haftung des Wiederverkäufers und die Ersatzpflicht des Berechtigten überhaupt anders geregelt sein. Die gesetzlichen Vorschriften darüber sind nicht zwingend[38]).

6. Mehrere Wiederkaufsberechtigte können das Recht nur im Ganzen ausüben[39]). Doch dürfen diejenigen, welche sich für die Ausübung entschließen, das Recht der übrigen an sich ziehen und mit ausüben. Ebenso fällt das bei Einem erlöschende Recht den Anderen zu[40]). § 502.

7. Etwas anderes als das hier besprochene Wiederkaufsrecht ist

---

32) Macht er davon Gebrauch, so kann er nicht einmal wegen der Mängel Minderung des Wiederkaufspreises verlangen (§ 498 i. f.). Er muß das Kaufobjekt nehmen wie es liegt.

33) Dagegen steht der Fall, da nach Ausübung des Wiederkaufrechts eine Unmöglichkeit der Rückleistung des Gegenstandes eintritt, schlechthin unter den allgemeinen Regeln (s. o. § 170 ꝛc.).

34) Wegen nachher gemachter Verwendungen entscheidet der allgemeine Grundsatz des § 450 BGB.

35) D. h. soweit dies überhaupt statthaft und ausführbar ist.

36) Näheres darüber oben § 151 Ziff. III. — Wegen der ersatzfähigen Verwendungen kann die Kaufsache bis zur Zahlung derselben einbehalten werden, da Zug um Zug zu leisten ist.

37) Ebenso nach allgemeinen Grundsätzen (s. o. Note 18 ff.) durch Veräußerung oder Belastung des Kaufgegenstandes.

38) Z. B. kann das Wiederkaufsrecht in concreto mehr nach den Regeln eines bedungenen Rücktrittsrechts hin entwickelt sein, durch Rückgängigmachung der Zwischenvortheile u. s. w.

39) Die Untheilbarkeit folgt aus der Natur der Sache.

40) Anders beim bedungenen Rücktrittsrecht nach § 356 BGB.

das Wiederverkaufsrecht[41]), zufolge deſſen ſich der Käufer vorbehält, den Kaufgegenſtand unter gewiſſen Umſtänden an den Verkäufer zurückzugeben. Dieſes Recht iſt nicht, wie vielfach angenommen[42]), nach Analogie des Wiederkaufsrechts zu behandeln. Die Intereſſen der Parteien ſind ganz umgekehrte; demgemäß greifen z. B. die oben erwähnten ſozialen Bedenken nicht Platz. Von einer entſprechenden Anwendung der §§ 498 Abſ. 2 bis 501 BGB. kann keine Rede ſein: der Käufer, welcher nicht zurückgeben kann, wird einfach ſein Recht nicht ausüben können. Das Wiederverkaufsrecht iſt nach Art eines bedungenen Rücktrittsrechts vom Vertrage[43]), jedoch ohne Rückwirkungen zu behandeln.

§ 228.

4. Vorkauf.*

Höheren wirthſchaftlichen Intereſſen dient das Vorkaufsrecht. Der Vorkaufsberechtigte braucht den Gegenſtand, auf welchen ſich ſein Recht bezieht, niemals beſeſſen zu haben. Anderſeits hat er keinen Anſpruch zur beliebigen Geltendmachung auf das Kaufobjekt, ſondern ein Erwerbsrecht desſelben nur im Falle daß der Verpflichtete darüber mit Dritten einen Kauf abſchließt. In dieſem Falle geht das Recht des Vorkäufers dahin, durch ſeinen Willensentſchluß den Vorkauf zu Stande zu bringen: nämlich den Gegenſtand unter denſelben Beſtimmungen zu übernehmen, welche der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hatte. §§ 504, 505 BGB.

Das Vorkaufsrecht iſt von unſerer Geſetzgebung als obligatoriſches und dingliches Recht anerkannt[1]). S. §§ 504 ff., 1094 ff. BGB. Beide ſind grundverſchieden[2]), wenn auch die Beſtimmungen über das perſönliche Verhältniß der Parteien auf beide gleichmäßig angewendet werden. § 1098. Das dingliche Vorkaufsrecht iſt ſeinem Weſen nach eine Grundſtücksbelaſtung: gerichtet auf Aneignung des Grundſtücks durch den Vorkäufer als Näherberechtigten[3]). Beim

41) Pactum de retroemendo. Vgl. Motive Bd. 2 S. 342.
42) Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 327 ff., Sächſ. GB. § 1136. Oertmann vor § 497 Note 4.
43) S. o. §§ 174 ff.

*) S. E. Jäger, Das Vorkaufsrecht (1893) und zum Theil auch Immerwahr, Das dingliche Vorkaufsrecht in Ihering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 40 S. 279.
1) Im Gegenſatz zum Wiederkaufsrecht. S. o. § 227 Ziff. 4.
2) S. auch Immerwahr a. a. O. S. 282 ff.; Dernburg, Pand. II § 95 Note 15; Windſcheid-Kipp desgl. II § 388 Ziff. 2.
3) Alſo nicht auf Leiſtungen des Verpflichteten aus ſeinem Vermögen,

b) Da der Verkäufer kontraktmäßig nicht dem Käufer sondern bei Ausübung des Vorkaufsrechts dem Vorkäufer leisten will, so wird er, um sich zu decken, seinen Käufer regelmäßig vom Bestehen des Vorkaufsrechtes benachrichtigen und seine Haftung für Nichtlieferung aus diesem Grunde ausschließen müssen[23]). Eine Vereinbarung, wonach der mit dem Dritten abgeschlossene Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechtes abhängig gemacht, oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung jenes Rechts der Rücktritt vom Kaufe vorbehalten wird, ist nur unter den Parteien wirksam. Die Rechte des Vorkäufers berührt er nicht[24]). § 506.

c) Nicht als Vorkaufsfall wird angesehen im Zweifel ein Verkauf, der an einen gesetzlichen Erben des Verkäufers mit Rücksicht auf dessen künftiges Erbrecht[25]) erfolgt (sog. Kindskauf). § 511 BGB.[26]). Positiv ausgeschlossen ist das Vorkaufsrecht gegenüber Verkäufen im Wege der Zwangsvollstreckung und durch den Konkursverwalter[27]). § 512. Ueber einen ferneren Fall des Ausschlusses s. u. Ziff. 5b.

d) Wird nur ein Theil des dem Vorkauf unterliegenden Gegenstandes verkauft, so kann das Vorkaufsrecht in Ansehung dieses (und nicht weiter) ausgeübt werden[28]). Wird der Gegenstand mit anderen zusammen zu einem Gesammtpreise verkauft (Mengekauf), so kann der Vorkaufsberechtigte den Gegenstand seines Rechts gegen einen verhältnißmäßigen Theil des Gesammtpreises einziehen[29]). Thut er dies,

---

23) Ueber praktische Schwierigkeiten des Vertragsschlusses in Ansehung eines dem Vorkaufsrecht unterworfenen Gegenstandes s. Immerwahr S. 317 ff.

24) Auch nicht solange er sie noch nicht ausgeübt hat. Die Kontrahenten können dem Dritten seine durch Eintritt des Vorkaufsfalls entstandenen Rechte nicht willkürlich wieder nehmen. (Aeltere Rechte waren vielfach laxer.)

25) Ist an den gesetzlichen Erben verkauft, so wird die mangelnde Bezugnahme auf das gesetzliche Erbrecht vom Interessenten zu beweisen sein.

26) Derartige Verkäufe (an Verwandte und Ehegatten) gelten in dieser Hinsicht viel mehr als antizipirte Regelung der Erbfolge, denn als Verkauf. Der betreffende Käufer darf nicht schon auf sein Erbrecht zur Zeit des Kaufes verzichtet haben (wohl aber darf er beim Verkauf verzichten).

27) Auch wenn freihändig verkauft wird. Die in Rede stehenden Prozeduren sollen im allgemeinen Kreditinteresse nicht durch das Vorkaufsrecht behindert werden. Der Berechtigte kann vom Konkursverwalter kaufen oder in der Versteigerung überbieten!

28) Z. B. wenn eine Parzelle des ganzen Grundstücks verkauft wird. S. auch Motive Bd. 2 S. 346. Der Verkauf einzelner Nutzungsrechte des Grundstücks ist aber kein solcher Theilverkauf, sondern Verkauf eines anderen Gegenstandes.

29) Der entsprechende Theil (x) ist ähnlich wie im Falle der Wandelung solcher Verkäufe bei Mangelhaftigkeit einzelner Sachen zu berechnen. S. o. § 222 zu Note 95. Es kommt nicht auf den absoluten Werth des dem Vorkaufsrecht unterworfenen Gegenstandes (w) an, sondern auf das Verhältniß dieses Werthes

so kann aber der Vorkaufsverpflichtete die Erstreckung des Vorkaufs auf diejenigen Sachen verlangen, die davon nicht ohne Nachtheil für ihn getrennt werden können[30]). § 508. Der Berechtigte, welcher in Kenntniß des Gesammtverkaufs[31]) sich für die Ausübung des Vorkaufsrechtes entschieden hatte, kann auf Grund dieses Verlangens nicht mehr vom Vorkaufe abgehen[32]).

3. Ist der Vorkaufsfall eingetreten, so folgt aus der Gebundenheit des Vorkaufsverpflichteten[33])

a) eine Verpflichtung zur Mittheilung des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages[34]) an den Vorkaufsberechtigten[35]). § 510 Abs. 1. Die Mittheilung muß unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern[36]) nach Abschluß jenes Vertrages geschehen. Die Mittheilung des Verpflichteten wird übrigens durch eine entsprechende Anzeige des Dritten ersetzt. Ein Unterbleiben der Mittheilung macht den Vorkaufsverpflichteten nach allgemeinen Grundsätzen schadenersatzpflichtig[37]).

b) Die Gebundenheit des Verpflichteten ist auch hier an eine gewisse Zeitfrist geknüpft. Ist nicht das ganze Vorkaufsrecht zeitlich beschränkt[38]), so ist es jedenfalls die Ausübung nach Eintritt des Vorkaufsfalles und Empfang der bezüglichen Mittheilung durch den Berechtigten. § 510 Abs. 2. Die Frist für diese Ausübung

---

zum Gesammtwerth aller verkauften Sachen (gw). In demselben Verhältniß ist der Gesammtpreis (gp) herabzusetzen. So ergibt sich: $gp : x = gw : w$. D. i. $x = \frac{gp \times w}{gw}$. Z. B. der absolute Werth der dem Vorkaufsrecht unterworfenen Sache ist 600 Mark, der Gesammtwerth sämmtlicher Sachen 2400 Mark, während sie für 2000 Mark verkauft sind. Dann ist $x = \frac{2000 \times 600}{2400} = \frac{12000}{24} = 500$ M.

30) Es genügt, wenn er den Nachweis erbringt, daß er durch die Trennung Nachtheil erleiden würde. — Das Recht kann im Wege der Klage und als Einwand gegen den Anspruch des Vorkaufsberechtigten auf Lieferung geltend gemacht werden.

31) Andernfalls könnte er seine Erklärung anfechten. Immerwahr S. 315. Im Uebrigen s. Planck zu § 508.

32) Die Behandlung des Mengekaufs war im bisherigen Recht sehr streitig. S. Jäger S. 67 ff.

33) S. entsprechend oben § 227 Ziff. 1.

34) Einschließlich seines Inhalts.

35) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. S. o. Bd. I § 72 zu Note 5 und § 88. — Nur der Inhalt, nicht der Wortlaut des Vertrages braucht mitgetheilt zu werden (also auch in Abkürzung).

36) § 121 BGB.

37) Wobei jedoch § 254 BGB. zu berücksichtigen ist. Hat also z. B. der Vorkaufsberechtigte in anderer Weise von dem Verkauf erfahren, so hätte er sich auch ohne Mittheilung danach einrichten können. Hat er dies nicht gethan, so hat er sich den betreffenden Schaden selbst zuzuschreiben.

38) Andernfalls erlischt es durch den Tod des Berechtigten § 514 BGB. Von einer Verjährung des Rechts kann keine Rede sein, da es kein Anspruch ist.

b) Da der Verkäufer kontraktmäßig nicht dem Käufer sondern bei Ausübung des Vorkaufsrechts dem Vorkäufer leisten will, so wird er, um sich zu decken, seinen Käufer regelmäßig vom Bestehen des Vorkaufsrechtes benachrichtigen und seine Haftung für Nichtlieferung aus diesem Grunde ausschließen müssen[23]). Eine Vereinbarung, wonach der mit dem Dritten abgeschlossene Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechtes abhängig gemacht, oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung jenes Rechts der Rücktritt vom Kaufe vorbehalten wird, ist nur unter den Parteien wirksam. Die Rechte des Vorkäufers berührt er nicht[24]). § 506.

c) Nicht als Vorkaufsfall wird angesehen im Zweifel ein Verkauf, der an einen gesetzlichen Erben des Verkäufers mit Rücksicht auf dessen künftiges Erbrecht[25]) erfolgt (sog. Kindskauf). § 511 BGB.[26]). Positiv ausgeschlossen ist das Vorkaufsrecht gegenüber Verkäufen im Wege der Zwangsvollstreckung und durch den Konkursverwalter[27]). § 512. Ueber einen ferneren Fall des Ausschlusses s. u. Ziff. 5b.

d) Wird nur ein Theil des dem Vorkauf unterliegenden Gegenstandes verkauft, so kann das Vorkaufsrecht in Ansehung dieses (und nicht weiter) ausgeübt werden[28]). Wird der Gegenstand mit anderen zusammen zu einem Gesammtpreise verkauft (Mengekauf), so kann der Vorkaufsberechtigte den Gegenstand seines Rechts gegen einen verhältnißmäßigen Theil des Gesammtpreises einziehen[29]). Thut er dies,

---

23) Ueber praktische Schwierigkeiten des Vertragsschlusses in Ansehung eines dem Vorkaufsrecht unterworfenen Gegenstandes s. Immerwahr S. 317 ff.

24) Auch nicht solange er sie noch nicht ausgeübt hat. Die Kontrahenten können dem Dritten seine durch Eintritt des Vorkaufsfalls entstandenen Rechte nicht willkürlich wieder nehmen. (Aeltere Rechte waren vielfach laxer.)

25) Ist an den gesetzlichen Erben verkauft, so wird die mangelnde Bezugnahme auf das gesetzliche Erbrecht vom Interessenten zu beweisen sein.

26) Derartige Verkäufe (an Verwandte und Ehegatten) gelten in dieser Hinsicht viel mehr als antizipirte Regelung der Erbfolge, denn als Verkauf. Der betreffende Käufer darf nicht schon auf sein Erbrecht zur Zeit des Kaufes verzichtet haben (wohl aber darf er beim Verkauf verzichten).

27) Auch wenn freihändig verkauft wird. Die in Rede stehenden Prozeduren sollen im allgemeinen Kreditinteresse nicht durch das Vorkaufsrecht behindert werden. Der Berechtigte kann vom Konkursverwalter kaufen oder in der Versteigerung überbieten!

28) Z. B. wenn eine Parzelle des ganzen Grundstücks verkauft wird. S. auch Motive Bd. 2 S. 346. Der Verkauf einzelner Nutzungsrechte des Grundstücks ist aber kein solcher Theilverkauf, sondern Verkauf eines anderen Gegenstandes.

29) Der entsprechende Theil (x) ist ähnlich wie im Falle der Wandelung solcher Verkäufe bei Mangelhaftigkeit einzelner Sachen zu berechnen. S. o. § 222 zu Note 95. Es kommt nicht auf den absoluten Werth des dem Vorkaufsrecht unterworfenen Gegenstandes (w) an, sondern auf das Verhältniß dieses Werthes

so kann aber der Vorkaufsverpflichtete die Erstreckung des Vorkaufs auf diejenigen Sachen verlangen, die davon nicht ohne Nachtheil für ihn getrennt werden können[30]). § 508. Der Berechtigte, welcher in Kenntniß des Gesammtverkaufs[31]) sich für die Ausübung des Vorkaufsrechtes entschieden hatte, kann auf Grund dieses Verlangens nicht mehr vom Vorkaufe abgehen[32]).

3. Ist der Vorkaufsfall eingetreten, so folgt aus der Gebundenheit des Vorkaufsverpflichteten[33])

a) eine Verpflichtung zur Mittheilung des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages[34]) an den Vorkaufsberechtigten[35]). § 510 Abs. 1. Die Mittheilung muß unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern[36]) nach Abschluß jenes Vertrages geschehen. Die Mittheilung des Verpflichteten wird übrigens durch eine entsprechende Anzeige des Dritten ersetzt. Ein Unterbleiben der Mittheilung macht den Vorkaufsverpflichteten nach allgemeinen Grundsätzen schadensersatzpflichtig[37]).

b) Die Gebundenheit des Verpflichteten ist auch hier an eine gewisse Zeitfrist geknüpft. Ist nicht das ganze Vorkaufsrecht zeitlich beschränkt[38]), so ist es jedenfalls die Ausübung nach Eintritt des Vorkaufsfalles und Empfang der bezüglichen Mittheilung durch den Berechtigten. § 510 Abs. 2. Die Frist für diese Ausübung

zum Gesammtwerth aller verkauften Sachen (gw). In demselben Verhältniß ist der Gesammtpreis (gp) herabzusetzen. So ergibt sich: $gp : x = gw : w$. D. i. $x = \frac{gp \times w}{gw}$. Z. B. der absolute Werth der dem Vorkaufsrecht unterworfenen Sache ist 600 Mark, der Gesammtwerth sämmtlicher Sachen 2400 Mark, während sie für 2000 Mark verkauft sind. Dann ist $x = \frac{2000 \times 600}{2400} = \frac{12000}{24} = 500$ M.

30) Es genügt, wenn er den Nachweis erbringt, daß er durch die Trennung Nachtheil erleiden würde. — Das Recht kann im Wege der Klage und als Einwand gegen den Anspruch des Vorkaufsberechtigten auf Lieferung geltend gemacht werden.

31) Andernfalls könnte er seine Erklärung anfechten. Immerwahr S. 315. Im Uebrigen s. Planck zu § 508.

32) Die Behandlung des Mengekaufs war im bisherigen Recht sehr streitig. S. Jäger S. 67 ff.

33) S. entsprechend oben § 227 Ziff. 1.

34) Einschließlich seines Inhalts.

35) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. S. o. Bd. I § 72 zu Note 5 und § 88. — Nur der Inhalt, nicht der Wortlaut des Vertrages braucht mitgetheilt zu werden (also auch in Abkürzung).

36) § 121 BGB.

37) Wobei jedoch § 254 BGB. zu berücksichtigen ist. Hat also z. B. der Vorkaufsberechtigte in anderer Weise von dem Verkauf erfahren, so hätte er sich auch ohne Mittheilung danach einrichten können. Hat er dies nicht gethan, so hat er sich den betreffenden Schaden selbst zuzuschreiben.

38) Andernfalls erlischt es durch den Tod des Berechtigten § 514 BGB. Von einer Verjährung des Rechts kann keine Rede sein, da es kein Anspruch ist.

ist ganz kurz. Denn die Verkaufsparteien müssen baldigst Gewißheit haben, ob ihr Handel vom Vorkäufer durchkreuzt wird. War für die Ausübung des Vorkaufsrechts keine besondere Frist bestimmt, so ist sie bei Grundstücken bis zum Ablauf von 2 Monaten, bei anderen Gegenständen bis zum Ablauf einer Woche nach Empfang der Mittheilung zulässig[39]).

4. Die Ausübung des Vorkaufsrechts auf dieser Grundlage ist in das freie Belieben des Vorkaufsberechtigten gestellt. Sie geschieht durch einseitige Erklärung desselben gegenüber dem Verpflichteten[40]). § 505 Abs. 1. Dazu ist zu bemerken

a) das Vorkaufsrecht ist ein höchstpersönliches Recht. Es soll den Interessen eines Einzelnen dienen, daher auch regelmäßig von seiner Person nicht ablösbar sein[41]). Es ist daher weder unter Lebenden übertragbar[42]) noch vererblich. § 514 BGB. Doch kann das Gegentheil ausgemacht sein. Ist das Vorkaufsrecht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so ist es sogar im Zweifel vererblich[43]).

b) Für mehrere Berechtigte ist das Vorkaufsrecht ein untheilbares Recht[44]). Sie können es also nur im Ganzen ausüben. Doch dürfen diejenigen, welche sich für die Ausübung entschließen, das Recht der Anderen mitausüben. Ebenso fällt das bei Einem erlöschende Recht den Anderen zu. § 513.

5. Aus der Ausübung des Vorkaufsrechts entsteht ein gegenseitiges Rechtsverhältniß des Vorkaufspflichtigen und des Berechtigten, wie aus einem abgeschlossenen Verkaufe[45]). Der nähere Inhalt dieser Verpflichtungen bestimmt sich nach dem Inhalt des zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten abge-

---

39) Ueber die Fristberechnung s. §§ 187, 188 BGB. u. oben Bd. I S. 120. Die Frist knüpft sich an die (vom Vorkaufsverpflichteten oder Dritten ausgegangene, vom Berechtigten empfangene) Mittheilung an.

40) Empfangsbedürftige Willenserklärung (s. Bd. I § 88) und im Uebrigen formlos. Die Erklärung ist nach Empfang unwiderruflich.

41) Zwar war dies im gemeinen Recht bestritten (Jäger S. 107), aber im Preuß. A.L.R. I Tit. 20 § 594 u. a. Rechten anerkannt. Unser Gesetz nimmt eine vermittelnde Stellung ein. — Die Gebundenheit des Vorkaufsverpflichteten ist vererblich.

42) Auch nicht beschränkt. Also z. B. nicht verpfändbar, auch von den Gläubigern des Berechtigten nicht pfändbar (§ 851 CPO.) 2c. Die Abtretung ist nichtig.

43) Selbstverständlich bezieht sich das Gesagte nur auf die Befugniß zur Ausübung. Das bereits ausgeübte Recht erzeugt Rechte und Pflichten, die beiderseits auf die Erben übergehen und nach allgemeinen Grundsätzen abtretbar sind.

44) Die Untheilbarkeit folgt aus der Natur der Sache, wie oben § 227 Note 39. Die Behandlung ist die gleiche wie beim Wiederkaufsrecht.

45) Vgl. o. § 227 Ziff. 5.

schlossenen Kaufgeschäfts. § 505 Abs. 2. Zu dem Dritten selbst tritt der Vorkäufer in keinerlei Rechtsbeziehung. Er kann ihm den Gegenstand des Vorkaufsrechts weder entreißen, wenn der Verpflichtete nicht ihm sondern dem Dritten liefert[46]), noch tritt er in das Geschäft des Verkäufers mit dem Dritten ein. Der Vorkauf hat den Charakter eines selbständigen Geschäfts[47]).

Demgemäß ist der Vorverkäufer verpflichtet, dem Vorkäufer den Gegenstand des Vorkaufs nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 320 ff., 433 ff. BGB.) bezw. nach Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages zu liefern resp. zu verschaffen, und zwar gegen Zahlung des Vorkaufspreises. Besonders zu bemerken ist:

a) War dem Dritten der Kaufpreis gestundet, so kann der Vorkäufer die Stundung nur soweit in Anspruch nehmen, als er für den gestundeten Betrag Sicherheit leistet[48]) oder der gestundete Kaufpreis auf das Grundstück hypothekarisch eingetragen ist[49]). § 509 BGB.

b) Hatte der Dritte im Kaufvertrage Nebenleistungen übernommen, die der Vorkäufer zu bewirken außer Stande ist[50]), so sind diese nach ihrem Werth zur Zeit der Erfüllung[51]) in Geld zu schätzen und in dieser Gestalt vom Vorkäufer abzutragen. Sind sie in Geld nicht schätzbar[52]), so kommt es darauf an, ob die Nebenleistung so wesentlich ist, daß ohne sie der Vertrag mit dem Dritten nicht abgeschlossen worden wäre[53]). Trifft dies zu, so ist die Ausübung des

---

46) Das hier besprochene Vorkaufsrecht (anders als das dingliche, s. o. zu Note 2 ff.) erschöpft sich in der persönlichen Beziehung des Vorkaufsberechtigten zu dem Verpflichteten. Eine Ausnahme wäre denkbar bei Vormerkung des Rechts im Grundbuch nach § 883 BGB., doch wird sie neben dem dinglichen Vorkaufsrecht kaum vorkommen

47) S. o. Ziff. 1. Es liegen also zwei Verkäufe desselben Gegenstandes vor: einer an den Dritten und einer an den Vorkäufer. Beide Verkäufe haben keinen Vorrang vor einander. Entscheidend ist, wem der Verkäufer übereignet. Dem anderen Käufer kann er in Folge dessen nicht mehr liefern und wird ihm daher nach allgemeinen Grundsätzen schadenersatzpflichtig (in Ansehung des Dritten vgl. dazu oben Ziff. 2 b).

48) Nach Maßgabe von Bd. I § 134.

49) Oder wird. — Einschließlich auch des Falles, daß in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld übernommen wird, für die eine Hypothek am Grundstück besteht. Vgl. dazu oben § 204.

50) Es entscheidet das subjektive Unvermögen des Vorkäufers.

51) Und am Erfüllungsort. Motive Bd. 2 S. 349. Der objektive Werth zu dieser Zeit und an diesem Orte, nicht das Interesse des Empfängers der Nebenleistung kommt in Betracht.

52) Z. B. der dritte Käufer hat die persönliche Verpflegung des Verkäufers übernommen.

53) Darüber hat das Gericht nach freiem Ermessen (nach Maßgabe der vorhandenen thatsächlichen Anhaltspunkte) zu entscheiden. Dabei wird wie zu §§ 139

Die Abzahlungsgeschäfte sind mit mancherlei sozialen Uebelständen verbunden und dienen vielfach zur Ausbeutung der kapitalarmen Bevölkerung[12]). Das Reichsgesetz vom 16. Mai 1894 hat daher für den Fall, daß der Empfänger der Waare nicht als Kaufmann in's Handelsregister eingetragen ist[13]), für alle Arten von Abzahlungsgeschäften[14]) verfügt:

1. Daß bei Rücktritt jeder Vertragstheil verpflichtet ist, dem anderen die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig. Doch muß der Käufer dem Verkäufer für den gemachten Gebrauch der Sache, für etwaige Beschädigungen und für die in Folge des Vertrags gemachten Aufwendungen Ersatz leisten[15]).

2. Die Abrede, daß beim Ausbleiben einer Theilzahlung die ganze Restschuld fällig werde, ist nur dann gültig, wenn

a) der Käufer wenigstens mit zwei aufeinanderfolgenden Theilzahlungen[16]) im Verzug ist, und zugleich

b) der rückständige Betrag wenigstens den zehnten Theil des ganzen Kaufpreises ausmacht[17]).

---

sie den Gebrauchswerth der Sache für die fragliche Zeit regelmäßig übersteigen.

12) In Folge der Verwirkungsklausel (lex commissoria), so wie sie vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch, insbesondere in Anschluß an l. 4 § 1, l. 6 pr. Dig. de lege comm. 18, 3 verstanden wurde, verlor der Käufer beim Rücktritt des Verkäufers auch die bereits gemachten Anzahlungen. In der Form des Möbelleihvertrages liegt dies geradezu! — Auch neben § 360 BGB. würde das Gleiche ohne die hier in Rede stehenden Spezialvorschriften bedungen werden können.

13) § 8 d. Ges. In diesem Falle treffen die eben erwähnten sozialen Bedenken nicht zu.

14) § 6 d. Ges. Für alle in fraudem legis abgeschlossenen Geschäfte: Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäfts in einer anderen Rechtsform, insbesondere durch miethweise Ueberlassung der Sache, zu erreichen, gleichviel ob dem Empfänger der Sache das Eigenthumserwerbsrecht bereits eingeräumt ist oder nicht.

15) Nach näherer Anleitung der §§ 1—3 d. Ges. Gebrauchsvergütung und Schadensersatz müssen der thatsächlichen Sachlage entsprechen, dürfen also nicht im Voraus durch den Vertrag willkürlich festgesetzt sein. Dennoch wird zugelassen, daß sie im Voraus nach Prozenten des Kaufpreises festgesetzt werden. Z. B. für Unterschied von alt und neu 25%, für Abnutzung 5% pro Monat, für Aufwendungen 10%. Nach 13 Monaten ist dies dem Kaufpreis gleich ($25 + 13 \times 5 = 65 + 10 = 100$), der Effekt also = lex commissoria alten Stiles (s. o. Note 12). Durch Schadensersatz und Vertragsstrafe (s. u.) kann dieses Resultat unter Umständen noch früher erreicht werden. Vgl. Dernburg § 200 Ziff. II.

16) Ganz oder theilweise.

17) § 4 Abs. 2 d. Ges. Dadurch wird der Ausbeutung des Käufers entgegengetreten, welche darin liegt, daß er den auf längere Stundung berechneten (und demgemäß entsprechend höheren) Kaufpreis plötzlich ohne den Vortheil der Zeit-

3. Schließlich[18]) ist der Verkauf von Lotterieloosen, Inhaberpapieren mit Prämien[19]), Bezugs- und Antheilscheinen auf solche Papiere gegen Theilzahlung durchaus verboten[20]).

III. Die Schenkung*.

§ 230.

A. Begriff und Abschluß.

An Kauf und Tausch reiht das Gesetz die Schenkung an. Betrifft der Kauf den entgeltlichen Güterumsatz, so geht die Schenkung im Prinzip auf unentgeltliche Zuwendungen. Die Zuwendung kann sich auf Güter aller Art, auch auf Geld beziehen.

Der Begriff der Zuwendung ist früher entwickelt[1]). Wir begreifen darunter Verfügungen aller Art, z. B. die Verschaffung von Eigenthum und anderen dinglichen Rechten, Abtretung von Forderungen und anderen Rechten, die Befreiung von solchen u. dgl. Wie diese Verfügungen entgeltlich in einem Kaufgeschäfte übernommen werden können[2]), so bilden sie, unentgeltlich übernommen, den Gegenstand der Schenkung. Aber auch die Neubegründung von Forderungsrechten ist Zuwendung[3]), also, wenn unentgeltlich, Schenkung. Doch geht eine solche Forderung meist wiederum auf eine Verfügung[4]), z. B. Geldzahlung

---

bestimmung entrichten muß. Dazu soll es nur bei gröberen Verstößen des Käufers kommen können.

18) Die Bestimmung § 4 Abs. 1 d. Ges. wegen Herabsetzung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe ist heutzutage in das allgemeine Recht übergegangen. S. o. § 178 Ziff. 3.

19) RG. v. 8. Juni 1871.

20) § 7 d. Ges. v. 16. Mai 1894. Dieser Verkauf ist nichtig und strafbar.

*) Burckhard, Stellung d. Schenkung im Rechtssystem (1891), Schenkungsannahme (1892), Begriff der Schenkung (1899); Bekker, Pand. II §§ 102 ff. — Schollmeyer § 3; Dernburg §§ 205 ff.; Endemann I §§ 164 ff.; Cosack §§ 139—140; Mathiaß I § 112; Enneccerus I §§ 256 ff.

1) S. Bd. I § 74 gegen Ende.

2) S. o. § 211 Anm. 1.

3) S. Bd. I § 74 zu Note 22.

4) Allerdings kann das Schenkungsversprechen auch auf Ueberlassung des Gebrauchs von Sachen ꝛc. gehen: dann nämlich, wenn dadurch dem Empfänger eine Ausgabe erspart wird, die er sonst gemacht haben würde, und wenn die Gebrauchsüberlassung mit einer Vermögensaufopferung von Seiten dessen verbunden ist, der den Gebrauch gewährt. Hier kann sogar die unmittelbare Ueberlassung Schenkung sein. Sonst aber ist die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung, sei es von Sachen oder auch von Arbeitskräften (Leistung von Diensten) keine Schenkung, sondern ein besonderes Geschäft, z. B. Leihe, Auftrag, Verwahrung ꝛc. (§§ 598, 662, 690 BGB.). Diese unterstehen nicht den Schenkungsregeln. S. auch Oertmann § 516 Note 3 u. Cit. — Danach steht

Die Abzahlungsgeschäfte sind mit mancherlei sozialen Uebelständen verbunden und dienen vielfach zur Ausbeutung der kapitalarmen Bevölkerung[12]). Das Reichsgesetz vom 16. Mai 1894 hat daher für den Fall, daß der Empfänger der Waare nicht als Kaufmann in's Handelsregister eingetragen ist[13]), für alle Arten von Abzahlungsgeschäften[14]) verfügt:

1. Daß bei Rücktritt jeder Vertragstheil verpflichtet ist, dem anderen die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig. Doch muß der Käufer dem Verkäufer für den gemachten Gebrauch der Sache, für etwaige Beschädigungen und für die in Folge des Vertrags gemachten Aufwendungen Ersatz leisten[15]).

2. Die Abrede, daß beim Ausbleiben einer Theilzahlung die ganze Restschuld fällig werde, ist nur dann gültig, wenn

a) der Käufer wenigstens mit zwei aufeinanderfolgenden Theilzahlungen[16]) im Verzug ist, und zugleich

b) der rückständige Betrag wenigstens den zehnten Theil des ganzen Kaufpreises ausmacht[17]).

---

sie den Gebrauchswerth der Sache für die fragliche Zeit regelmäßig übersteigen.

12) In Folge der Verwirkungsklausel (lex commissoria), so wie sie vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch, insbesondere in Anschluß an l. 4 § 1, l. 6 pr. Dig. de lege comm. 18, 3 verstanden wurde, verlor der Käufer beim Rücktritt des Verkäufers auch die bereits gemachten Anzahlungen. In der Form des Möbelleihvertrages liegt dies geradezu! — Auch neben § 360 BGB. würde das Gleiche ohne die hier in Rede stehenden Spezialvorschriften bedungen werden können.

13) § 8 d. Ges. In diesem Falle treffen die eben erwähnten sozialen Bedenken nicht zu.

14) § 6 d. Ges. Für alle in fraudem legis abgeschlossenen Geschäfte: Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäfts in einer anderen Rechtsform, insbesondere durch miethweise Ueberlassung der Sache, zu erreichen, gleichviel ob dem Empfänger der Sache das Eigenthumserwerbsrecht bereits eingeräumt ist oder nicht.

15) Nach näherer Anleitung der §§ 1—3 d. Ges. Gebrauchsvergütung und Schadensersatz müssen der thatsächlichen Sachlage entsprechen, dürfen also nicht im Voraus durch den Vertrag willkürlich festgesetzt sein. Dennoch wird zugelassen, daß sie im Voraus nach Prozenten des Kaufpreises festgesetzt werden. Z. B. für Unterschied von alt und neu 25%, für Abnutzung 5% pro Monat, für Aufwendungen 10%. Nach 13 Monaten ist dies dem Kaufpreis gleich ($25 + 13 \times 5 = 65 + 10 = 100$), der Effekt also = lex commissoria alten Stiles (s. o. Note 12). Durch Schadensersatz und Vertragsstrafe (s. u.) kann dieses Resultat unter Umständen noch früher erreicht werden. Vgl. Dernburg § 200 Ziff. II.

16) Ganz oder theilweise.

17) § 4 Abs. 2 d. Ges. Dadurch wird der Ausbeutung des Käufers entgegengetreten, welche darin liegt, daß er den auf längere Stundung berechneten (und demgemäß entsprechend höheren) Kaufpreis plötzlich ohne den Vortheil der Zeit-

3. Schließlich[18]) ist der Verkauf von Lotterieloosen, Inhaberpapieren mit Prämien[19]), Bezugs- und Antheilscheinen auf solche Papiere gegen Theilzahlung durchaus verboten[20]).

III. Die Schenkung*.

§ 230.

A. Begriff und Abschluß.

An Kauf und Tausch reiht das Gesetz die Schenkung an. Betrifft der Kauf den entgeltlichen Güterumsatz, so geht die Schenkung im Prinzip auf unentgeltliche Zuwendungen. Die Zuwendung kann sich auf Güter aller Art, auch auf Geld beziehen.

Der Begriff der Zuwendung ist früher entwickelt[1]). Wir begreifen darunter Verfügungen aller Art, z. B. die Verschaffung von Eigenthum und anderen dinglichen Rechten, Abtretung von Forderungen und anderen Rechten, die Befreiung von solchen u. dgl. Wie diese Verfügungen entgeltlich in einem Kaufgeschäfte übernommen werden können[2]), so bilden sie, unentgeltlich übernommen, den Gegenstand der Schenkung. Aber auch die Neubegründung von Forderungsrechten ist Zuwendung[3]), also, wenn unentgeltlich, Schenkung. Doch geht eine solche Forderung meist wiederum auf eine Verfügung[4]), z. B. Geldzahlung

---

bestimmung entrichten muß. Dazu soll es nur bei gröberen Verstößen des Käufers kommen können.

18) Die Bestimmung § 4 Abs. 1 d. Ges. wegen Herabsetzung einer unverhältnißmäßig hohen Vertragsstrafe ist heutzutage in das allgemeine Recht übergegangen. S. o. § 178 Ziff. 3.

19) RG. v. 8. Juni 1871.

20) § 7 d. Ges. v. 16. Mai 1894. Dieser Verkauf ist nichtig und strafbar.

*) Burckhard, Stellung d. Schenkung im Rechtssystem (1891), Schenkungsannahme (1892), Begriff der Schenkung (1899); Bekker, Pand. II §§ 102 ff. — Schollmeyer § 3; Dernburg §§ 205 ff.; Endemann I §§ 164 ff.; Cosack §§ 139—140; Mathiaß I § 112; Enneccerus I §§ 256 ff.

1) S. Bd. I § 74 gegen Ende.

2) S. o. § 211 Anm. 1.

3) S. Bd. I § 74 zu Note 22.

4) Allerdings kann das Schenkungsversprechen auch auf Ueberlassung des Gebrauchs von Sachen 2c. gehen: dann nämlich, wenn dadurch dem Empfänger eine Ausgabe erspart wird, die er sonst gemacht haben würde, und wenn die Gebrauchsüberlassung mit einer Vermögensaufopferung von Seiten dessen verbunden ist, der den Gebrauch gewährt. Hier kann sogar die unmittelbare Ueberlassung Schenkung sein. Sonst aber ist die unentgeltliche Gebrauchsüberlassung, sei es von Sachen oder auch von Arbeitskräften (Leistung von Diensten) keine Schenkung, sondern ein besonderes Geschäft, z. B. Leihe, Auftrag, Verwahrung 2c. (§§ 598, 662, 690 BGB.). Diese unterstehen nicht den Schenkungsregeln. S. auch Oertmann § 516 Note 3 u. Cit. — Danach steht

oder Leistung anderer Sachen, Bestellung dinglicher Rechte u. s. w. Die Schenkung durch Begründung eines Forderungsrechts ist das sog. *Schenkungsversprechen*.

1. Wir sahen schon, daß eine Zuwendung für sich allein gar nichts real Existirendes ist; daß sie vernünftigerweise nur denkbar ist in Verbindung mit einem Zweck, der durch die Zuwendung erreicht werden soll[5]). Hier ist der Zweck die unentgeltliche Vermögensbereicherung des Empfängers[6]), wie es beim Kaufe die Erlangung des Entgelts war. Danach ist die Schenkung ein besonderes Geschäft wie dieser[7]); — ein Geschäft, das regelmäßig auf eine unentgeltliche Verfügung *gerichtet* ist[8]), aber nicht schon an sich diese Verfügung enthält. Vielmehr kann sich nur unter Umständen, wie wir dies schon beim Kaufe gesehen haben[9]), das Schenkungsgeschäft mit der Verfügung zu einem Akt *verbinden*, wenn die Erklärungen der Parteien den Anforderungen beider Geschäfte genügen. Die Erklärung hat dann die dort erwähnte doppelte Funktion: die Schenkung wird eine sog. *Realschenkung* oder ein *Handgeschenk*[10]).

Im Gegensatz dazu steht das *Schenkungsversprechen*. Hier wird der Schenkungszweck durch bloße Begründung der Forderung des Beschenkten gegen den Schenker erreicht[11]). Das Schenkungsgeschäft erschöpft sich in diesem Versprechen: die materielle Leistung ist hier nur *Erfüllung des Schuldverhältnisses*[12]).

---

die Schenkung auf der Grenze der Verfügungs- und Gebrauchsüberlassungsgeschäfte (II. Kapitel), gehört aber ganz überwiegend zu der ersteren Kategorie.

5) S. Bd. I § 74 bei Note 24.

6) Auf sie geht der sog. *Schenkungszweck*. Letzterer umfaßt nicht die dahinter liegenden Motive, z. B. Freundschaft, Gunst, Barmherzigkeit, Prahlerei, Bestechung 2c. Doch sind einzelne dieser Motive rechtlich nicht gleichgültig. S. z. B. unten § 283 und hier weiter bei Note 30 ff.

7) Jedenfalls ist dies die Auffassung des Gesetzes (§§ 516 ff. BGB.). Die Schenkung ist ihm kein „allgemeiner Charakter, den die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können"; solche „Geschäfte", die nebenbei auch Schenkung wären, existiren im Leben nicht: ein konkretes Geschäft des Lebens entsteht erst *durch Kombination* eines Zuwendungsakts (Uebereignung, Versprechen, Erlaß 2c.) mit dem Schenkungszweck. Die Schenkung ist also ein Geschäft für sich, wie die Erfüllung (oben § 182), der Kauf (§ 211), die Aussteuer von Kindern 2c., — alles Geschäfte, die auch durch die verschiedensten Zuwendungsakte bewerkstelligt werden und dennoch spezielle Geschäfte bleiben.

8) S. o. Note 4.

9) Oben § 211 Ziff. 2.

10) Vgl. o. § 211 Note 12 u. Cit.

11) Wozu, abgesehen von der Form (s. u.), einfache Erklärung der Parteien im Schenkungsvertrage genügt.

12) S. o. § 182. Also nicht selbst Schenkung. Sie kann aber stärker wirken, wenn das Versprechen nichtig ist. § 518 Abs. 2 BGB.

Es ist also verfehlt zu sagen, daß die Schenkung bald ein obligatorisches, bald ein dingliches Rechtsgeschäft sei[13]); sie ist der immer gleiche schuldrechtliche Rechtfertigungsgrund von Vermögensverschiebungen aller Art, die sonst mangels eines wirthschaftlichen Grundes[14]) regelmäßig als ungerechtfertigte Bereicherung des Empfängers (§ 812 BGB.) zurückgeleistet werden müßten, so aber obligatorisch gedeckt und getragen werden[15]). Und zwar nicht schlechthin, sondern nur nach bestimmten Regeln und Voraussetzungen, die eben das Wesen der Schenkung ausmachen. Damit treten wir an die Einzelheiten dieses Geschäfts.

2. Schenkung ist nach unserem Gesetz die Einigung der Parteien auf eine unentgeltliche Zuwendung. § 516 Abs. 1 BGB. Darin liegt:

a) es muß eine Zuwendung beabsichtigt sein, also der Uebergang eines Vermögenswerthes[16]), welcher

α. aus dem Vermögen des Schenkers kommt[17]), dieses also vermindert. Daher ist keine Schenkung die bloße Gebrauchsüberlassung

13) Dernburg § 205 Note 1 bezeichnet die Stellung der Schenkung im Obligationenrecht als eine Verlegenheitsstellung, unter Widerlegung der allerdings nicht überzeugenden Ausführung von Cosack § 139 Ziff. I i. f. Burckhard, Stellung der Schenkung im Rechtssystem (1891) hat der Frage eine ganze Monographie gewidmet.

14) Also als Leistung z. B. auf Grund von Kauf, Tausch, Erfüllung eines sonstigen Schuldverhältnisses, Leistung an Erfüllungsstatt u. s. w.

15) Man kann auch sagen: Die Schenkung verpflichtet den Schenker, zu der von ihm vollzogenen Zuwendung zu stehen. Dadurch bleibt das Schenkungsrecht (§§ 516 ff. BGB.) nicht weniger wichtig, auch wenn schon geleistet worden ist. Nicht selten erweist sich die erfolgte Leistung als trügerisch: das Geleistete gehörte nicht dem Schenker oder war mangelhaft (es tritt die Verpflichtung zur Gewährleistung aus der Schenkung ein); oder die Schenkungsvoraussetzungen fallen weg (das Geschenk kann widerrufen, das Geleistete zurückgefordert werden) ꝛc. S. entsprechend oben § 211 zu Note 18.

16) S. o. Bd. I § 74 zu Note 22. Der Uebergang braucht übrigens kein unmittelbarer zu sein. S. Entsch. d. RG. Bd. 28 S. 201.

17) Demgegenüber unterschied man gemeinrechtlich noch eine sog. Schenkung im weiteren Sinne, derzufolge nur das Vermögen eines Anderen in unentgeltlicher Absicht vermehrt, nicht diese Vermögungsvermehrung durch eine Vermögensverminderung auf Seiten des Schenkers erkauft wird. Im Anschluß daran hat schließlich Burckhard (zum Begriff der Schenkung, 1899) den Satz aufgestellt, daß es nur einen einzigen absoluten Begriff der Schenkung gebe, d. i. die Bereicherung Jemandes durch einen Anderen ohne Aequivalent; womit aber nur ein Minimum von Erfordernissen aufgestellt sei, während die Rechtsordnung überall, wo sie die Schenkung mit bestimmten Rechtsfolgen bekleide, dazu noch andere Erfordernisse aufstellen könne. Dann sei Schenkung im Sinne dieser Rechtsvorschrift immer nur eine solche mit den entsprechenden besonderen Voraussetzungen (d. h. nur wenn sie vorlägen, finde jener Rechtssatz Anwendung). Dies mag zum Verständniß der röm. Quellen zutreffen, in denen der Ausdruck „Schenkung" in ganz verschiedenem Sinne gebraucht wird; für das moderne Recht genügt es, neben das Schenkungsgeschäft des Gesetzes, von dem im Text die

von Sachen ꝛc. und faktische Dienstleistungen ohne Vermögensaufopferung von Seiten dessen, der sie gewährt[18]). Ebensowenig die Bestellung oder das Aufgeben von Sicherheiten[19]) ohne besondere Gegenleistung; endlich nicht der Verzicht auf einen Gewinn: das Unterlassen eines Vermögenserwerbs oder die Ausschlagung angefallener aber noch nicht endgültig erworbener Rechte (Erbschafts-, Vermächtnißausschlagung), selbst wenn der Gewinn dadurch einem Anderen zufällt[20]). § 517 BGB. „Der Schenker muß ärmer werden."

β. Die Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers muß in das Vermögen des Beschenkten erfolgen. „Der Beschenkte muß durch die Schenkung reicher werden." § 516 Abs. 1[21]). Daher ist denn auch z. B. die freiwillige Erfüllung einer unvollkommenen Verbindlichkeit[22]) keine Schenkung; ebensowenig die Verleihung von Gütern ohne Vermögenswerth, z. B. eines Namens, des Adels oder sonstiger idealer Güter[23]). Dagegen genügt es, wenn der Beschenkte nur ein Forderungsrecht auf eine vermögenswerthe Leistung[24]) erlangt hat[25]).

b) Es genügt, daß der Vermögenswerth beabsichtigtermaßen aus dem Vermögen des Schenkers in das des Beschenkten übergeht. Es ist nicht erforderlich, daß dieser Uebergang durch ein Rechtsgeschäft vermittelt wird. Wie eine ungerechtfertigte Vermögens-

---

Rede ist, in allgemeinerer Weise die Fälle zu setzen, in denen ein anderes Geschäft eine Freigebigkeit enthält, ohne daß es deshalb als Schenkung zu bezeichnen wäre. Dies dient sicherlich auch der Klarheit der Begriffe und wird durch § 517 BGB. bestätigt.

18) S. o. Note 4. Dernburg § 205 II Ziff. 2; Oertmann § 517 Note 3.

19) Es liege denn darin eine (mittelbare) beabsichtigte Disposition über das gesicherte Recht bezw. dessen Beitreibbarkeit. Vgl. schon l. 18 Dig. quae in fraud. 42, 8; Prot. Bd. 2 S. 8 ff. Vgl. im Uebrigen Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 85, Bd. 9 S. 100.

20) Z. B. Erbschaftsausschlagung zu Gunsten eines Dritten. War dagegen das verzichtete Recht schon endgültig erworben (z. B. ein befristetes Recht), so liegt in dem Verzicht ein Element der Schenkung. Ein bedingtes Recht dagegen ist noch nicht endgültig erworben, daher Verzicht darauf keine Schenkung. — Alles dies galt auch schon größtentheils im (richtig verstandenen) röm. Recht. Vgl. l. 5 §§ 13 ff., l. 25, 31 § 7 Dig. de don. i. v. et ux. 24, 1; l. 9 pr. 23 pr. Dig. de mort. c. don. 39, 5.

21) Ueber den Begriff der Bereicherung s. u. § 317.

22) S. o. § 140. Trotzdem die Leistung darauf nicht erzwungen werden kann. — Bürgschaftsübernahme und Pfandbestellung zu Gunsten eines Dritten sind keine Schenkung an dessen Gläubiger. Dernburg § 205 Note 11 u. Cit.

23) S. schon l. 5 § 8 Dig. de don. i. v. 24, 1.

24) In dieser Weise kann auch das ganze Vermögen verschenkt werden. Der Wortlaut des § 516 BGB. steht nicht entgegen. S. vielmehr §§ 310, 311 BGB. u. oben § 166 Note 31 ff.; Bd. I § 31. Die Schenkung bezieht sich auf die einzelnen Objekte (§ 166 Note 33). Die Gläubiger des Schenkers haben die Rechte aus § 205.

25) Das Schenkungsversprechen ist Schenkung. S. o. zu Note 8 u. 11.

bereicherung thatsächlich geschehen kann und Anlaß zur Rückforderung gibt (§§ 812, 852 Abs. 2, 951 BGB.), so ist umgekehrt die Rückforderung ausgeschlossen (Schenkung vorhanden), wenn sich die Absicht unentgeltlicher Zuwendung in die thatsächliche Vermögensverschiebung hineinlegt[26]), ohne daß sich der Thatbestand im Uebrigen verändert[27]).

Ebenso kann die Bereicherung *indirekt* geschehen. Z. B. Jemand zahlt die Schulden eines Anderen an dessen Gläubiger. Vgl. § 685 BGB[28]).

c) Die Zuwendung muß *unentgeltlich* sein. D. h. ihr *Zweck* auf Seiten des Zuwendenden ist ein *nichtwirthschaftlicher*. Abwesenheit aller wirthschaftlichen Zwecke — das *Fehlen aller rechtlichen Gegenvortheile für das zu Leistende* ist Schenkung[29]). Alle sonstigen Absichten, die der Schenker mit seiner Gabe etwa verfolgen mag[30]), stehen grundsätzlich außerhalb der Rechtsordnung[31]). In dieselbe hinein treten sie nur zuweilen auf Umwegen; indem die Rechtsordnung Veranlassung nimmt, wegen der häufigen Unlauterkeit dieser Gründe, oder weil ihnen oft die Reue folgt, die Schenkungen *einzuschränken*. Dies ist ein Gebot der Rechtspolitik[32]). Die Rechtsordnung ist der Schenkung heutzutage sogar günstiger als ehemals[33]), und es muß sich zeigen, ob sie darin nicht zu weit gegangen ist. Vor Allem sind ausgezeichnet Schenkungen, durch die „einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht" entsprochen wird[34]). Auf diese finden einige für andere Schenkungen geltenden Schranken keine Anwendung[35]). Anderseits sind einfache Dankesschulden in keiner Hinsicht rechtliche Schulden: hat der Empfänger einer Zuwendung

26) Wegen dieser *Absicht* und deren *Annahme* s. noch unten lit. d.

27) Die zunächst rein faktische Vermögensverschiebung wird dadurch zur Zuwendung im Rechtssinne, also auch im Sinne des § 516 BGB. Z. B. Jemand reparirt das Haus seines Freundes in dessen Abwesenheit (s. auch § 685 BGB.); er läßt in Schenkungsabsicht allerlei Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe verfallen. Zustimmend (gegen Cosack § 139 I Ziff. 1a) auch *Dernburg* § 205 zu Note 5; *Oertmann* § 516 Note 5.

28) Dies war schon im älteren Rechte unbestritten.

29) S. Bd. I § 74 i. f. u. § 75 zu Anfang, und oben Note 6.

30) Sie können gute sein, aber auch sehr schlechte. Vgl. die Skala: Barmherzigkeit, Dankbarkeit, Mitleid, Schwäche, Eitelkeit, Prahlerei, Bestechung.

31) Sie halten sich im Rahmen eines bloßen *Beweggrundes*. S. o. Bd. I § 78. Dagegen ist causa (Rechtfertigungsgrund) der Zuwendung einzig die Unentgeltlichkeit. Anderweitige Bestimmungsgründe der Zuwendung schließen den Schenkungswillen aus. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 191, Bd. 27 S. 336.

32) Also auch öffentlicher Ordnung und somit zwingenden Rechts.

33) Vgl. für das röm. Recht besonders *Windscheid*, Pand. II §§ 366, 367. Noch weiter beschränkten die Schenkung das Preuß. A.LR. und der Code Nap.

34) S. dazu schon oben § 140 gegen Ende.

35) S. z. B. § 534 BGB. u. unten § 233 Ziff. I.

keinen anderen Anspruch als auf die Dankbarkeit des Gebers, so ist das Empfangene Schenkung und nichts als Schenkung[36]); es hat nicht den Charakter einer Gegenleistung.

Dagegen kann dem Schenkungszweck ein wirthschaftlicher Zweck beigefügt werden[37]). Dies ist in doppelter Art möglich.

α. Durch Bindung der Schenkung an eine Auflage (§§ 525 ff.). Hier wird an die schenkweise Zuwendung eine Leistung des Empfängers geknüpft, ohne daß letztere einen Gegenwerth für das Empfangene darstellt. Deshalb thut diese dem Empfänger auferlegte Leistung dem Schenkungscharakter des Geschäfts keinen Eintrag[38]). Immerhin gelten für die Schenkung mit Auflage gewisse besondere Regeln[39]).

β. Anderseits kann ein Geschäft, das einen Güterumsatz enthält, aus Schenkungs- und wirthschaftlichen Zwecken gemischt sein[40]). Das bedeutet: die Zuwendung ist an eine Gegenleistung gebunden in der Art, daß sie aufhört eine einseitige Zuwendung zu sein[41]). Das Geschäft geht auf Leistung gegen Gegenleistung[42]). Aber die Gegenleistung soll kein Entgelt sein für die Totalität des Empfangenen (der Mehrbetrag ist geschenkt); oder sie soll es zwar sein, aber nur unter Hinzurechnung eines daran bereits bewilligten Nachlasses (der nachgelassene Betrag ist geschenkt). So setzt sich das Geschäft aus einem entgeltlichen (Kauf, Tausch ꝛc.) und aus einer Schenkung zusammen[43]). —

---

36) Die sog. remuneratorische Schenkung ist als eine gewöhnliche Schenkung anzusehen. S. auch Motive Bd. 2 S. 289.

37) S. über mehrere Zwecke einer Zuwendung im Allgemeinen schon Bd. I § 75 Note 3 u. § 78 Ziff. 2. — Ein solcher Nebenzweck ist aber nicht die bloße (wenn auch noch so begründete) Hoffnung auf ein dereinstiges Gegengeschenk des Beschenkten. Diese Hoffnung steht außerhalb der Rechtsordnung.

38) S. besonders Bd. I § 75 zu Note 2, § 78 Note 11. A. M. Lammfromm, Theilung, Darlehen, Auflage, Umsatzvertrag (1897) S. 160 ff., ohne praktisch brauchbare Resultate an die Stelle zu setzen.

39) S. u. § 232.

40) S. über das sog. negotium mixtum cum donatione l. 38 Dig. de contr. emt. 18, 1; l. 5 § 5 Dig. de don. i. v. et ux. 24, 1; Bekker, Pand. II S. 201 u; Lammfromm a. a. O. S. 132 ff.; W. Koeppen, Das neg. mixtum cum don. (1901); Oertmann § 516 Note 8. Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 265.

41) Was bei der Schenkung mit Auflage nicht der Fall ist. Hier bleibt das Geschäft immer Schenkung, also einseitige Zuwendung (ohne Entgelt).

42) Do ut des u. s. w. in dem oben Bd. I § 78 Note 11 entwickelten Sinne.

43) Dies ist nicht einfach dann der Fall, wenn der Werth der Leistung denjenigen der Gegenleistung übersteigt. Das kommt oft vor (s. o. § 212 zu Note 30), da sich der Preis nach Angebot und Nachfrage richtet. — Ueberhaupt darf man nicht jede einem entgeltlichen Geschäft hinzugefügte kleine Nebenleistung des einen Theils zur Schenkung aufbauschen. Der Gesammttypus entscheidet.

Die Unentgeltlichkeit einer Zuwendung, wenn sie auch im Leben nicht gerade selten vorkommt, ist doch nicht das Gewöhnliche. Es ist daher die Unentgeltlichkeit von demjenigen zu beweisen, der sich darauf beruft[44]).

d) Die Unentgeltlichkeit der Zuwendung muß eine übereinstimmend von beiden Parteien beabsichtigte sein. Die Schenkung ist also ein Vertrag[45]). Dies trifft nicht nothwendig das reale, sondern das schuldrechtliche Element des Akts[46]). Das schuldrechtliche Band zwischen dem Schenker und Beschenkten, welches die Zuwendung zur Schenkung macht, kann sich ohne vertragliche Uebereinstimmung der Parteien über die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendung nicht anspinnen[47]).

Das Zustandekommen der Schenkung setzt also eine Annahme von Seiten des Beschenkten voraus[48]). Diese ist in der Annahme der Zuwendung allein noch nicht enthalten. Vielmehr muß der Beschenkte die Unentgeltlichkeit kennen und damit einverstanden sein[49]). Einer besonderen Form bedarf die Annahme in keinem Falle, da der Beschenkte bei dem Geschäfte nichts riskirt, die Annahme auch oft ziemlich nahe liegt.

α. Auch wo die Schenkung selbst an eine Form gebunden ist[50]), ist also die Annahmeerklärung vom Formzwange befreit. Sie kann ohne Beurkundung, ja selbst durch indirekte Erklärungsmittel geschehen[51]). § 518.

---

44) Man pflegt dies auch so auszudrücken, daß Schenkungen nicht vermuthet werden. Einen Beleg s. in § 685 BGB. (die Ausnahme in Abs. 2 daselbst bestätigt die Regel).

45) Auch dies war im gemeinen Recht bestritten (vgl. Savigny, System Bd. 4 § 160; Burckhard, Schenkungsannahme. 1892). Zerfloß der Schenkungsbegriff hier vielfach in's Allgemeine (s. o. Note 17), so war auch der Vertragscharakter in Frage gestellt. Das Preuß. A.LR. I Tit. 11 § 1058 und der Code Nap. Art. 932 hielten am Vertrage fest.

46) S. o. Ziff. 2b. Auch die Zahlung fremder Schulden würde ohne das Erforderniß des Textes hierhergehören.

47) Vom animus donandi kann man danach noch reden (ähnlich wie vom animus solvendi). Aber um die Schenkung zu Stande zu bringen, muß er acceptirt sein. Ebenso liegt in dem Gesagten, daß die Bereicherung eine durchaus freiwillige sein muß. Solche auf Grund einer bestehenden Rechtspflicht sind nicht Schenkung. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 36 S. 282 u. oben bei Note 12 u. 36.

48) Es gelten die gewöhnlichen Regeln der Verträge. Daher auch die Antragsgebundenheit des Schenkers. S. o. Bd. I §§ 86 ff., 89 ff.

49) Was ohne Kenntniß nicht angenommen werden kann, auch wenn es „vermuthlich" der Fall sein würde. Z. B. bei Auflassung, Tradition, Begebung eines Wechsels kann dem Empfänger die Schenkabsicht unbekannt sein. Bei Zahlung seiner Schulden an einen Dritten ist ihm möglicherweise sogar die Zuwendung unbekannt.

50) S. u. Ziff. 3.

β. Bloßes Stillschweigen ist regelmäßig noch keine Annahme[52]). Dem Schenker wird deshalb ein Mittel gegeben, aus seiner Ungewißheit, ob die Schenkung angenommen sei, herauszukommen, m. a. W. das Stillschweigen zur Annahme zu gestalten[53]). Dies geschieht, indem er dem Empfänger die Schenkungsabsicht mittheilt und ihm eine angemessene[54]) Frist zur Erklärung setzt[55]), ob er die Schenkung annehme. War diese nicht vorher abgelehnt, so gilt sie nach Ablauf der Frist als angenommen[56]). § 516 Abs. 2.

3. Schon früher waren Schenkungen vielfach an eine besondere Form gebunden, um vor Uebereilung zu schützen und das Geschäft im Interesse der Rechtssicherheit von anderen deutlich zu unterscheiden[57]). Unser Gesetz hat davon nur das Nothwendigste beibehalten. Es steht auf dem Standpunkt, daß für Realschenkungen[58]) in dieser Hinsicht kein Bedürfniß besteht. Dem steht gleich das durch Realleistung vollzogene Geschenk[59]). Wer sich des Schenkobjekts thatsächlich begibt, ist sich der Tragweite seiner Handlung genügend bewußt. Er schenkt nicht über seine vorhandenen Mittel; auch bedarf die Leistung meist selbst einer Form[60]). Auch die Rechtssicherheit leidet nicht darunter, daß

---

51) Vgl. Bd. I § 86. Also durch Empfang der Schenkungsurkunde (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 15 S. 217 ff.), unter Umständen auch durch Empfang, Verbrauchen u. s. w. der Gabe. S. aber oben Note 49.

52) S. o. § 86 Ziff. 3. Es kommt auf das allgemeine Verhältniß der Parteien überhaupt (auf ihre soziale Stellung u. dgl.) und untereinander an (z. B. ob in dem Geschenk ein barmherziges, hülfreiches Verhalten u. dgl. oder eine Zudringlichkeit liegt. Letzterenfalls ist Stillschweigen des Beschenkten sicher nicht als Annahme zu deuten).

53) Hatte der Empfänger widersprochen, so ist § 516 Abs. 2 nicht anwendbar.

54) Vgl. die Ausführungen oben § 151 Note 8 ff. — Die Vorschrift rechtfertigt sich durch die Interessen des Schenkers. Gegenüber zudringlichen Schenkungen stellt sie allerdings eine starke Belästigung dar. Man kann derartige Zumuthungen nicht vornehm ignoriren.

55) Die Erklärung ist nach allgemeinen Grundsätzen auch für den Erklärenden unwiderruflich.

56) Dies ist nach der Konstruktion des Textes keine Fiktion, sondern eine (nach den Umständen) nunmehr wahre Annahmeerklärung. — Folgen: Geschäftsunfähige können nicht selbst, — wohl aber geschäftsbeschränkte Personen (arg. § 107 BGB.) annehmen.

57) So nach dem preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 1063 ff., Code Nap. Art. 931 (gerichtliche resp. notarielle Errichtung). Das römisch-gemeine Recht verlangte zur Gültigkeit der Schenkung gerichtliche Insinuation, wenn das Geschenk den Betrag von 500 solidi (4666 Mark 67 Pfg.) überstieg. Vgl. l. 34 pr. 36 § 3 Cod. de don. 8, 53. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 313, Bd. 8 S. 145, Bd. 18 S. 180. Die alten Formvorschriften sind durchaus beseitigt.

58) S. o. bei Note 10.

59) S. das. bei Note 12.

60) Z. B. als Auflassung, Uebergabe. — Bedenken bestehen in dieser Hinsicht nur für die Abtretung von Forderungen und anderen Rechten (§§ 398, 413 BGB.) und für den Erlaß (§ 397). Aber die Abtretung ist keine besonders

hier oft ungewiß bleibt, ob schenkweise oder gegen Entgelt gegeben worden ist[61]).

Dagegen schlägt ein bloßes Schenkungsversprechen oft wegen Unbedachtsamkeit zum Schaden des Schenkers aus. Ebenso liegt es im Interesse der Allgemeinheit, dasselbe von anderen wirthschaftlichen Geschäften deutlich zu unterscheiden. Das Schenkungsversprechen bedarf daher der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[62]). § 518 BGB. Auf die Annahme des Versprechens bezieht sich die Vorschrift nicht[63]). Dem Schenkungsversprechen wird in § 518 auch ein abstraktes Schuldversprechen gleichgestellt, das schenkungshalber ertheilt wurde[64]); — und diesem wiederum ein schenkweise gegebenes vertragliches Anerkenntniß einer Verpflichtung[65]). Die ausdrückliche Gleichstellung soll der Vorstellung entgegentreten, als liege in Begebung der Schuld- oder Anerkennungsurkunde eine Realleistung, die als solche der Form entbehren könne[66]). Nur effektive Leistung ist von der Form befreit[67]). Aehnlich ist die Begebung von Wechseln, Cheks, kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheinen ꝛc.[68]), wenn sie schenkweise erfolgt, der Form des § 518 unterworfen[69]), widrigen-

---

häufige Art der Schenkung, und die Befreiung des Schuldners wird überall im Recht, und so auch hier begünstigt. — Uebrigens steht auch die traditio brevi manu, durch Besitzkonstitut und durch Abtretung des Herausgabeanspruchs von Mobilien der direkten Uebergabe gleich.

61) Weil die Auflassung, Uebergabe ꝛc. regelmäßig ein abstrakter Vertrag, also ohne Rücksicht auf die causa gültig und rechtsbeständig ist. S. o. § 75 i. f.

62) Andernfalls ist es nichtig. Dies folgt schon aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Vorschrift. — Bei gemischten Geschäften (s. o. Note 40) geht die Nichtigkeit soweit als das Geschäft Schenkung ist. Ob der Rest bestehen kann, hängt davon ab, ob die entgeltlichen Theile des Geschäfts für sich allein gewollt sein würden. Arg. § 139 BGB. u. oben Bd. I § 80 Note 19 u. Cit.

63) S. o. Ziff. 2d unter lit. α. Vgl. auch Bd. I § 87 zu Note 25. Schon nach der Regel des § 128 BGB. kann die Annahme in besonderem Akte erfolgen. Für diesen wird in § 518 die Form erlassen. Es sei denn, daß aus anderen Gründen (z. B. § 313) das ganze Geschäft der Form bedarf.

64) Also die gewöhnliche Schriftform eines solchen Versprechens (s. u. § 304) ist hier nicht ausreichend.

65) Die Ausdrücke, daß man verspreche, oder anerkenne schuldig zu sein, fließen im Leben häufig durcheinander. S. u. §§ 304, 305. Das schenkweise gegebene Schuldanerkenntniß ist regelmäßig ein unwahres: ertheilt in der Absicht, um zu disponiren.

66) Nach dem bei Note 58 Ausgeführten. Dadurch würde praktisch die ganze Schenkungsform illusorisch gemacht. S. auch Prot. Bd. 2 S. 20.

67) Verfügung, effektive Gebrauchsüberlassung (soweit sie Schenkung ist).

68) Aber nicht von Werthpapieren überhaupt. Z. B. eine Banknote kann man von Hand zu Hand verschenken.

69) Zustimmend Dernburg § 206 zu Note 8. A. M. Planck § 518

falls die Urkunde zwar die ihr eigene abstrakte Verpflichtung erzeugt, ohne jedoch im Verhältniß des Schenkers zum Beschenkten[70]) die Berufung auf den mangelnden Rechtsgrund auszuschließen[71]).

Dies ändert sich generell, sobald auf das Versprechen eine effektive Leistung erfolgt. Durch diese wird der Formmangel des Schenkungsversprechens geheilt. § 518 Abs. 2. Da die Leistung als Realgeschenk gültig wäre[72]), soll sie auch als Erfüllung eines früheren Schenkversprechens gültig sein, gleichgültig ob der Erfüllende die Mängel kannte[73]). Theilweise Erfüllung macht das Versprechen gültig soweit sie reicht[74]).

4. Wird die Schenkung nicht angenommen, so kommt sie nach dem oben Gesagten gar nicht zu Stande. Das Schenkungsversprechen ist auch bei Wahrung der Form vollkommen unwirksam[75]). Ein abstraktes Versprechen oder Anerkenntniß unterliegt Einwendungen wegen Mangels des Rechtsgrundes und der Zurückforderung[76]). Ebenso wird eine reelle Zuwendung, die ohne Willen des Bereicherten geschah, im Fall der Nichtannahme des Geschenks nicht von selbst rückgängig[77]), sondern ist nur vom Schenker als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzufordern. § 516 i. f.

Note 2, Oertmann Note 3a. Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 5. Aber die Rechtssicherheit verlangt die Ausdehnung (vgl. Note 66).

70) Und den Rechtsnachfolgern der Parteien — wobei das oben Bd. I § 63 Ziff. II Gesagte zu beachten ist. Der Indossatar ist nicht Rechtsnachfolger.

71) Sie bildet eine vom Verpflichteten geltend zu machende Einwendung gegen den Anspruch. Eventuell kann das Versprechen kondizirt werden (nicht die auf die Urkunde geleistete Zahlung, s. u.).

72) S. o. bei Note 58.

73) Anderufalls würde die Gültigkeit schon als erneutes Geschenk außer Zweifel stehen. § 518 Abs. 2 stellt aus praktischen Rücksichten den animus solvendi in Ausführung des Schenkversprechens dem animus donandi gleich.

74) Nicht selten ist die Schenkung an Genehmigung dritter Personen gebunden, sei es die Hingabe oder Annahme. Vgl. § 1446 BGB., Art. 86 EG. BGB. (Bindung des Erwerbs von Schenkungen über 5000 Mark zu Gunsten juristischer Personen an staatliche Genehmigung. S. o. Bd. I § 48 Ziff. 4a). Dies gehört ebensowenig hierher, wie die familien- und erbrechtlichen Schenkungsverbote (z. B. §§ 1641, 1804, 2113 Abs. 2, 2205, 2207 BGB. Das römisch-rechtliche Verbot der Schenkungen unter Ehegatten ist beseitigt).

75) Nach Ablauf der gewöhnlichen Annahmefrist, resp. der in § 516 Abs. 2 BGB. besprochenen besonderen Frist. S. o. Ziff. 2d.

76) Nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (condictio). Wie oben Note 71.

77) Nach den Regeln Bd. I § 80 Note 11ff.

§ 231.

B. Verpflichtungen des Schenkers.

Der Beschenkte wird aus der Schenkung regelmäßig nicht verpflichtet. Die Verbindlichkeiten des Schenkers — insbesondere aus dem Schenkungsversprechen[1]) — sind folgende.

1. Er hat das Schenkungsversprechen zu erfüllen; und zwar nach Maßgabe seines speziellen Inhalts, im Uebrigen nach Treu und Glauben und den sonstigen allgemeinen Grundsätzen. Diese führen bei der Schenkung von Sachen und Rechten wesentlich auf die Verpflichtung zur Uebergabe und Eigenthums- bezw. Rechtsverschaffung (nach Anleitung von § 433 Abs. 1 BGB.)[2]). Nur mit der Maßgabe, daß der Schenker regelmäßig nicht mehr geben will, als er selbst hat[3]).

Abgesehen davon ergibt sich der Inhalt der Verpflichtung aus der Auslegung des Vertrages. Z. B. ob ein an Mehrere gemachtes Geschenk Jeden nur für seinen entsprechenden Antheil berechtigt[4]); — ob bei einem von dem Geschenk gemachten Abzug der Vorbehalt nach dem Tode des Schenkers an dessen Erben oder den Beschenkten fällt[5]); — ob der Beschenkte das Geschenk abzuholen hat[6]). Eine positive Auslegungsregel enthält § 520: die Verpflichtung zu einer in wiederkehrenden Leistungen zu entrichtenden Unterstützung erlischt mit dem Tode des Schenkers, geht also nicht auf dessen Erben über[7]).

2. Weil die Schenkung wesentlich nur im Interesse des Beschenkten besteht, hat der Schenker nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen[8]). § 521. Anderseits bleibt er nach § 281 BGB. zur Leistung der etwaigen Surrogate verpflichtet[9]).

---

1) Inwiefern im Uebrigen die Verpflichtungen des Schenkers — je nach der Sachlage — in Anspruch genommen werden können, darüber s. o. § 230 bei und in Note 15.

2) Also wie beim Kaufe. S. o. § 216 Ziff. 1.

3) Dies führt zu einer erheblichen Einschränkung der Gewährleistungspflicht. S. u. Ziff. 5.

4) Dies ist im Zweifel (arg. § 420 BGB.) anzunehmen, wenn das Geschenk theilbar ist. Andernfalls entscheidet § 432 eod.

5) Regelmäßig an die ersteren, weil der Abzug nicht geschenkt ist. Es kann aber sein, daß ein Vorbehalt nur für die persönlichen Bedürfnisse des Schenkers gemacht ist. Die Vermuthungen der älteren Rechte in dieser Beziehung sind beseitigt.

6) Dies ist regelmäßig anzunehmen (auch bei Geldgeschenken).

7) Dies trifft periodische Unterstützungen aller Art, auch in Form geschenkter Leibrenten. Rückständige Beträge müssen die Erben leisten.

8) Ebenso natürlich seine Erben. Dies ist altes Recht. — Der Satz des

3. Auch von einem Verzuge des Schenkers kann hiernach ohne grobes Verschulden des letzteren keine Rede sein[10]). Ist er durch solches in Verzug gerathen, so haftet er gleichwohl nicht für Verzugszinsen[11]). § 522[12]).

4. Gegen seine Verpflichtungen hat der Schenker die Einrede des Nothbedarfs[13]). § 519 BGB. Dieselbe steht jedem schenkweise ertheilten Versprechen entgegen, auch wenn es als abstraktes Versprechen gültig ist[14]).

a) Der Schenker ist hiernach berechtigt, die Erfüllung des Versprechens zu verweigern, soweit er dazu nicht im Stande ist ohne

α. Gefährdung seines eigenen standesmäßigen Unterhalts[15]), oder

β. ohne Gefährdung der Erfüllung der ihm obliegenden gesetzlichen Unterhaltspflichten[16]).

Dabei kann der Schenker den Betrag seiner sonstigen bestehenden Verpflichtungen in Abzug bringen[17]).

b) Die Einrede bewirkt eine Lahmlegung des Anspruchs, — aber

Textes bezieht sich sowohl auf die Haftung aus dem Vertrage, wie für die Haftung auf das negative Vertragsinteresse, wenn der Vertrag wegen Unmöglichkeit oder Unerlaubtheit ohne grobes Verschulden des Schenkers nicht zu Stande kam.

9) S. o. §§ 157 ff. Uebrigens kann die Haftung des Schenkers abweichend bestimmt, z. B. verschärft werden. Ein pactum de dolo non praestando ist auch hier unzulässig. S. Bd. I § 109 zu Note 34.

10) S. dazu oben § 161 über die Voraussetzungen des Verzugs. Der Textsatz ergibt sich aus §§ 285, 521 BGB.

11) Dies ist altes Recht (s. schon l. 22 Dig. de don. 39, 5) und gilt auch für die Erben des Schenkers.

12) Im Uebrigen haftet der Schenker nach den allgemeinen Vorschriften (oben § 162); z. B. für sonstige Folgen der Verzögerung der Leistung, Prozeßzinsen 2c. (s. o. § 160) in der gewöhnlichen Weise. §§ 291, 292 BGB. sind anwendbar.

13) Auch dies bestimmte schon das röm. Recht (l. 12 Dig. de don. 39, 5). Der Schenker hat das sog. beneficium competentiae. Vgl. Kipp zu Windscheid, Pand. II § 268. In der gemeinen Praxis, sowie im Preuß. A.L.R. (I Tit. 11 §§ 1123 ff.) ward der Gedanke ausgedehnt auf die Berücksichtigung der Lebensnothdurft auch in dem Falle, wenn der Schenker bereits geleistet hatte. Er hatte dann in bestimmtem Umfang einen Anspruch auf Unterhalt gegen den Beschenkten. Dies ist beseitigt. Etwas Aehnliches enthält jedoch § 528 BGB. S. darüber unten § 233.

14) S. o. § 280 Ziff. 3. Insbesondere nach Anleitung der Noten 68 ff.

15) Was dazu gehört, ist aus § 1610 BGB. zu ersehen.

16) Vertragsmäßige, auch vertragsmäßig anerkannte, soweit sie nicht eine wahrhafte gesetzliche Grundlage haben, kommen nicht in Betracht. Auch hinsichtlich des Betrags entscheidet schlechthin der gesetzliche Umfang (manche Vorschriften umfassen standesmäßigen, andere hinwiederum nur nothdürftigen Unterhalt). Beispiele in §§ 1351, 1360 ff., 1578, 1583, 1601 ff., 1703, 1705, 1708, 1719, 1721, 1736, 1738 ff., 1757, 1766 BGB.

17) S. § 519 Abs. 1. Entsprechend l. 12 Dig. de don. — Die Voraussetzungen seiner Einrede hat der Schenker natürlich zu beweisen.

nur soweit die Lebensnothdurft reicht. Dies ist quantitativ und zeitlich zu verstehen[18]). Kommt also der Schenker wieder in bessere Verhältnisse, so hat er nachzuzahlen[19]).

c) Liegen Verpflichtungen aus mehreren Versprechen vor, so vertheilt sich die Einrede des Nothbedarfs gegen diese wie folgt:

α. Die Verpflichtungen sind gleichzeitig entstanden, d. h. die mehreren Beschenkten haben gleichzeitig angenommen[20]). Hier kann, wenn nur die Erfüllung aller Versprechungen die Lebensnothdurft gefährdet, der Schenker die Einrede nach Wahl dem einen oder anderen Beschenkten entgegensetzen.

β. Sind die Verpflichtungen zu verschiedener Zeit entstanden[21]), so steht die Einrede immer zunächst der jüngeren Schenkung entgegen (bis die Lebensnothdurft gedeckt ist). Macht der Schenker die Einrede nicht in dieser Weise geltend, so kann er sie gar nicht geltend machen[22]). § 519 Abs. 2.

5. Auch die Gewährleistungspflicht des Schenkers ist herabgemindert[23]). Was zunächst die Verpflichtung zur Rechtsgewährleistung angeht[24]), so haftet der Schenker

a) soweit er den Mangel im Recht zur Zeit der Schenkung kannte und arglistig verschwiegen hat[25]). Aber auch dann geht seine Ver-

---

18) Nach dem Wortlaut des § 519 und der Geschichte der Kompetenzeinrede (vgl. l. 63 Dig. pro socio 17, 2; l. un. Cod. de rei ux. act. 5, 13; l. 8 Cod. sol. matr. 5, 18). Zustimmend insbes. Dernburg § 208 Ziff. III; Oertmann § 519 Note 5.

19) Ohne daß er die Rechtskraft des ersten Urtheils entgegensetzen könnte. Doch muß der Nachfordernde die Veränderung der Sachlage beweisen.

20) Denn ohne Annahme keine Verpflichtung aus der Schenkung. S. dazu oben § 230 Ziff. 2d. Der Fall der Gleichzeitigkeit wird danach selten sein.

21) Wobei es wiederum auf die Zeit der Annahme ankommt. S. die vor. Note.

22) Die Entscheidung des Textes beruht auf dem Gedanken, daß der Schenker bei jeder späteren Schenkung immer nur noch das Vorhandene geben will resp. kann. Dies ist auch das Prinzip der Behandlung der Schenkungen gegenüber dem Pflichttheil. § 2329 Abs. 3 BGB. Auf die Gleichheit der Behandlung ist in den Prot. (Bd. II S. 22) besonders hingewiesen. (Der Wortlaut des § 519 Abs. 2 ist demgegenüber nicht ganz genau.) Ist daher die ältere Schenkung bedingt in der Weise, daß die Bedingung erst nach dem Zustandekommen der jüngeren Schenkung eintritt, so werden wir nicht anders entscheiden.

23) Im Verhältniß zu entgeltlichen Geschäften, z. B. der Verpflichtung des Verkäufers: s. o. §§ 219, 220 ff.

24) Der allgemeine Begriff der Gewährleistung ist derselbe. Ebenso ist es hinsichtlich der Beweislast.

25) In dieser Hinsicht steht nicht einmal grobfahrlässiges Nichtkennen des Rechtsmangels gleich. Dies folgt a contr. aus § 523 Abs. 2 (s. u. lit. b). — Arglist liegt trotz Kenntniß des Mangels dann nicht vor, wenn der Schenker annehmen durfte, daß nach Lage der Sache auch dem Beschenkten der Mangel bekannt sei.

pflichtung nicht auf Leistung des positiven Erfüllungsinteresses[26]), sondern nur auf Ersatz des Schadens, den der Beschenkte durch sein Vertrauen auf Behalten der Gabe erlitten hat[27]). § 523 Abs. 1.

Selbstverständlich kann der Schenker eine weitergehende Haftung übernehmen[28]) und ist alsdann nach Maßgabe seiner Zusicherung verpflichtet.

b) Abgesehen davon geht das Gesetz davon aus, daß der Schenker für mehr als er selbst hat, nicht einstehen will[29]). Er haftet also nicht für Mängel im Rechte. Eine Ausnahme besteht nur, wenn ein Schenkungsversprechen ertheilt ist in Ansehung eines Gegenstandes, welchen der Schenker erst erwerben soll[30]). In diesem Falle geht die Schenkung auf etwas, das der Schenker nicht hat: letzterer erfüllt seine Vertragspflicht nur, wenn er den versprochenen Gegenstand wirklich (d. h. unanfechtbar) erwirbt. Anderseits steht auch diese Verpflichtung zur Rechtsverschaffung unter den allgemeinen Grundsätzen der Schenkverpflichtungen[31]), d. h. der Schenker hat dabei nur für Argliſt und grobe Fahrläſſigkeit einzustehen[32]). Liegen diese Voraussetzungen aber vor, so haftet er auf Gewährleistung wie ein Verkäufer. § 523 Abs. 2[33]).

6. Aehnlich geregelt ist die Verpflichtung zur Gewährleistung für

---

26) S. o. § 219 Ziff. 3. Oder gar (s. das. Ziff. 3a) auf nachträgliche Rechtsverschaffung! So auch Prot. Bd. 2 S. 27.

27) Dieser Schadensersatz entspricht dem sog. negativen Vertragsinteresse (s. o. § 151 zu Note 24 ff.)

28) Entsprechend § 219 Ziff. 5 u. oben Note 9. Z. B. auf nachträgliche Rechtsverschaffung; auf Ersatz des positiven Erfüllungsinteresses; auf Einstehen für culpa levis etc.

29) Entsprechend dem älteren Recht. Vgl. l. 18 § 3 Dig. de don. 39, 5; l. 2 Cod. de evict. 8, 44. Doch ist die Behandlung im Detail (namentlich daß der Schenker nicht blos wegen Entwährung von Gattungssachen haftet: was aus l. 45 §§ 1 u. 2, l. 46 Dig. de leg. I (30) geschlossen wird) entschieden zweckmäßiger.

30) Sache oder sonstiger Gegenstand! Mag der Gegenstand individuell oder nur nach Gattungsmerkmalen bestimmt sein. — Jedenfalls aber muß die Absicht, daß der Gegenstand vom Schenker erst erworben werden soll, nach dem Vertrage vorausgesetzt sein (s. über diesen Begriff §§ 459 Abs. 1, 633 Abs. 1 BGB. u. oben § 221 Note 3 i. f.). D. h. hier insbesondere, daß dieser Punkt nicht in der Vertragsurkunde zu stehen braucht. Zustimmend Dernburg § 207 Note 7 gegen Cosack.

31) S. o. Ziff. 2.

32) Er haftet für Kenntniß des Rechtsmangels oder grobfahrläſſige Unkenntniß desselben im Augenblicke des Erwerbs. § 523 Abs. 2.

33) S. o. § 219. Die Vorschriften über den Kauf werden entsprechend für anwendbar erklärt, soweit sie überhaupt auf die Schenkung als einseitigen Vertrag passen. Insbesondere haftet der Schenker auf Rechtsverschaffung (Nachholung des Versäumten). Der Beschenkte kann aber auch vollen Schadensersatz (sei es neben der Nachholung oder statt ihrer) verlangen. Ueber den Zeitpunkt der Gewährleistungspflicht gelten entsprechend die obigen Regeln § 219 Ziff. 2, 3.

Mängel einer verschenkten Sache. § 524 BGB. Auch hier haftet der Schenker

a) unbedingt, soweit er den Mangel zur Zeit der Schenkung kannte und arglistig verschwieg[34]). Die Haftung geht auf Ersatz des dem Beschenkten aus dem Fehler entstandenen Schadens[35]). Abs. 1.

Hatte der Schenker eine weitergehende Haftung übernommen[36]), so ist er nach Maßgabe seiner Zusicherung verpflichtet.

b) Abgesehen davon haftet der Schenker regelmäßig nicht für Sachmängel. Anders nur, wenn er ein Schenkungsversprechen ertheilte in Ansehung einer der Gattung nach bestimmten Sache[37]), die er erst erwerben sollte[38]). Hier erfüllt der Schenker seine Pflicht aus dem Schenkungsvertrage nur, wenn er eine im Allgemeinen fehlerlose Sache[39]) erwirbt und liefert. Anderseits haftet er für Erfüllung dieser Verpflichtung im Rahmen von Arglist und grober Fahrlässigkeit[40]). Liegen diese Voraussetzungen aber vor, so haftet der Schenker auf Lieferung einer fehlerfreien Sache an Stelle der mangelhaften, nach Inhalt des Schuldverhältnisses[41]). Oder, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hatte, nach Wahl des Beschenkten auf vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Beide Ansprüche werden nach den Grundsätzen der Gewährleistung für Mängel einer verkauften Sache behandelt[42]). § 524 Abs. 2[43]).

---

34) Es gilt das oben Note 25 Gesagte. Insbesondere daß bloßes Kennen des Mangels noch nicht nothwendig Arglist in sich schließt. Gerade die schlechtesten Sachen pflegen im Leben am meisten verschenkt zu werden!

35) Wie oben bei Note 27: Ersatz des Schadens, den der Beschenkte durch sein Vertrauen auf die Fehlerlosigkeit der Sache erlitten hat. Z. B. das kranke Thier hat diejenigen des Beschenkten angesteckt.

36) Entsprechend oben § 220 Ziff. 8. Auch die Zusicherung von Eigenschaften der verschenkten Sache kann hierher gehören. Für etwas anderes als Fehler (im oben § 221 Ziff. 1a bezeichneten Sinne) wird abgesehen davon bei der Schenkung überhaupt nicht gehaftet.

37) Entsprechend oben Ziff. 5b. In der Beschränkung auf Gattungssachen folgt das Gesetz dem älteren Recht (s. Note 29). Eine Nachlieferung ist eben bei verschenkten Individualsachen undenkbar; wegen Arglist genügt die Haftung nach lit. a, und für grobe Fahrlässigkeit soll bei Individualsachen überhaupt nicht gehaftet werden.

38) Betreffs des Hervortretens der Erwerbsabsicht beim Vertrage gilt dasselbe wie in Note 30. Auf die Absicht ist hier, da es sich um Gattungssachen handelt, übrigens leichter zu schließen als im dortigen Falle.

39) Unter Berücksichtigung des § 243 BGB.

40) Entsprechend oben Note 31—32. Es kommt auf die Kenntniß oder grobfahrlässige Unkenntniß des Mangels im Augenblicke des Erwerbs der Sache durch den Schenker an. § 524 Abs. 2.

41) Also nach Anleitung der §§ 480 Abs. 1, 491 BGB. entsprechend wie ein Verkäufer. Die anderen dort erwähnten Rechte fallen hier weg. So auch wenn ausnahmsweise die Nachlieferung eines fehlerfreien Stückes unmöglich sein sollte.

42) Vgl. o. § 222 Ziff. II u. III.

§ 232.

C. Schenkung mit Auflage.

Der Grundsatz, daß der Beschenkte zu Nichts verpflichtet ist[1]), erleidet eine Ausnahme, wenn die Schenkung mit einer Auflage beschwert ist[2]). In diesem Falle wird der Beschenkte durch Annahme der Schenkung zum *Vollzug der Auflage verpflichtet*; — aber nicht einfach nach den Grundsätzen der gegenseitigen Verträge[3]), da ein solcher nicht vorliegt, ein eigentlicher Umsatz gar nicht beabsichtigt ist, auch die Auflage den Werth der Schenkung regelmäßig nicht erreicht[4]).

Die Auflage ist hiernach eine der Schenkung zugefügte *Nebenbestimmung*[5]), daß der Beschenkte gehalten sein soll, *das Empfangene in bestimmter Weise zu verwenden* oder *etwas dafür zu leisten*. Die Verwendung oder sonstige Leistung kann zum Vortheil des Schenkers oder eines Dritten[6]) bedungen sein[7]); ja sogar zum Vortheil des Beschenkten selbst ist eine Auflage möglich, indem ihm die Verwendung des Geschenkes nicht nach Gutdünken überlassen, sondern eine bestimmte Art und Weise dafür vorgeschrieben wird[8]), vorausgesetzt, daß diese dem Bereich des Rechts überhaupt angehört (nicht als ein blos wohlmeinender Rath gedacht ist[9]).

---

43) Die Regeln dieses § gelten bei *gemischten Geschäften* (s. o. § 230 Note 40) soweit das Geschäft *Schenkung* ist. Im Uebrigen ist das Geschäft nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu beurtheilen. Bei Untrennbarkeit der Bestandtheile wirken Unregelmäßigkeiten, die den einen Theil zu Fall bringen, gemäß § 139 BGB. auch auf den anderen ein. S. schon oben § 230 Note 62.

1) S. § 231 zu Anfang.

2) S. § 230 Text u. Note 38. *Stammler*, Allg. Schuldverhältnisse S. 85 ff.; *Crome*, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 529 ff.

3) Es ist also z. B. nicht (nach §§ 168 ff. oben) Zug um Zug zu leisten, eine Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht gegeben. S. jedoch unten Note 20.

4) In letzterem Falle ist die Entscheidung verhältnißmäßig leicht, da das Mißverhältniß der Werthe auf den nichtbeabsichtigten Entgelt hindeutet. In anderen Fällen ist die Entscheidung oft schwierig. Vgl. o. Bd. I § 78 Note 11. Vermuthungen enthält das Gesetz nicht. Das Geschäft ist nach seinem erkennbaren Inhalt auszulegen.

5) Eine Zweckbestimmung, die einen dem Schenkungszweck beigefügten *Nebenzweck der Gabe* bezeichnet, nämlich eine *wirthschaftliche Beschränkung der Liberalität*. S. Bd. I § 78 Ziff. 2.

6) *Mit oder ohne eigenes Recht des Dritten*. S. o. §§ 179 ff. Arg. § 527 Abs. 2 BGB.

7) Sie kann auch im *öffentlichen Interesse* liegen (§ 525 Abs. 2). Z. B. der Beschenkte soll etwas für öffentliche Zwecke thun.

8) Z. B. er soll das geschenkte Geld zu einem bestimmten Studium verwenden. Hierhin gehören regelmäßig alle Stipendien u. dgl.

9) Entsprechend dem oben § 141 zu Note 8 ff. Gesagten. Eine bloße

Die Schenkung unter einer Auflage untersteht im Allgemeinen den Schenkungsregeln. So z. B. hinsichtlich der Form des Vertrages und der Haftung des Schenkers. Besonderheiten sind folgende.

1. Der Schenker kann von dem Beschenkten Vollziehung der Auflage verlangen[10]; aber nur, wenn er seinerseits geleistet hat[11]). § 525 Abs. 1. Der Schenker hat also vorzuleisten. Dies entspricht der Natur der Auflage als eines Nebenzwecks der Zuwendung[12]). Dasselbe Recht hat der Erbe des Schenkers; unter Umständen haben es auch andere Personen. So der Dritte, in dessen Interesse die Auflage besteht, wenn ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt[13]); aber keinesfalls früher als der Schenker selbst[14]). Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann nach dem Tode des Schenkers[15]) neben den oben genannten Personen auch die zuständige Behörde[16]) die Vollziehung verlangen. § 525 Abs. 2.

2. Auf der anderen Seite folgt aus der Natur der Auflage nicht schon dann eine Einrede des Beschenkten gegen die Erfüllung, wenn die Schenkung zur Erfüllung der Auflage nicht hinreicht[17]). Anders nur, wenn der Fehlbetrag auf einem Mangel im Recht des

---

Empfehlung ꝛc. des Schenkers ist ebenso rechtsunverbindlich wie ein Beweggrund. Vgl. Bd. I § 78.

10) Der Beschenkte ist zur Vollziehung der Auflage verpflichtet. S. o. Bd. I § 78 Note 13.

11) D. h. also bei der Realschenkung sofort, beim Schenkungsversprechen erst nach der Erfüllung dieses Versprechens.

12) Ebenso entspricht es der geschichtlichen Entwickelung. Im röm. Recht ergab sich das Resultat aus den Erfordernissen der actio praescriptis verbis, mit der auf Erfüllung der Auflage geklagt werden mußte. Vgl. l. 9, 22 Cod. de don. 8, 53. Zustimmend Zitelmann, Gr. S. 135. Dagegen will Cosack § 140 Ziff. 1 b den Beschenkten schon mit Annahme des Schenkungsversprechens haften lassen. Z. B. A verspricht dem B ein Geschenk von 10000 Mark unter der Auflage, daß jener ein väterliches Erbstück nicht veräußere. B nimmt das Versprechen an, bricht aber die Auflage sofort. A kann nicht (wie Cosack annimmt) schon vor Zahlung der 10000 Mark die Sache mit Beschlag belegen lassen. Er hat einfach einen peremtorischen Einwand gegen die Zahlung.

13) S. o. Note 6.

14) Also dieser muß zunächst geleistet haben (s. o.).

15) Der Schenker selbst kann hier während seiner Lebenszeit noch auf die Erfüllung der Auflage verzichten; — nicht aber nach seinem Tode seine Erben. Neben den letzteren ist die Behörde forderungsberechtigt, und dieses Recht kann ihr durch einen Verzicht der Erben nicht mehr entzogen werden.

16) Diese wird durch das Landesrecht bestimmt. Die Zuständigkeit wird sich zum Theil nach dem Ressort richten, in dessen Bereich das öffentliche Interesse an der Auflage fällt. Vgl. Preuß. V. v. 16. Nov. 1899 Art. 7; Bayr. AG. 107; Sächs. AG. § 10 ꝛc.

17) Solchenfalls mag er die Schenkung nicht annehmen. Falsche Kalküls des Beschenkten sind sein eigener Schaden.

Schenkers oder auf thatsächlichen Mängeln der verschenkten Sachen beruht. Hier wäre es unbillig, neben der beschränkten Haftung des Schenkers für diese Dinge[18]) auch noch den vollen Anspruch auf Erfüllung der Auflage (über den Werth des Empfangenen hinaus) zuzulassen. Demgemäß gibt § 526 hier dem Beschenkten eine Einrede, soweit der Werth der Schenkung die zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht[19]), nach Art der Einrede des nicht erfüllten Vertrages[20]). Die Einrede kann vom Schenker durch Nachzahlung des Fehlbetrages[21]) abgewendet werden, und steht dem Erfüllungsanspruch nur solange entgegen bis dieses geschieht. Hatte der Beschenkte bei Entdeckung des Mangels die Auflage schon erfüllt, so kann er Nachzahlung des Fehlbetrags verlangen[22]). § 526 S. 2. Seine Unkenntniß der Mängel bei Erfüllung der Auflage hat der Beschenkte zu beweisen[23]).

3. War die Erfüllung der Auflage von Anfang an unmöglich[24]) oder wird sie unmöglich durch einen vom Beschenkten nicht zu vertretenden Umstand[25]), so bleibt die Schenkung bestehen und wird nur von der Last befreit. Der dem Geschäft anklebende Mangel[26]) resp. die Befreiung des Schuldners aus § 275 BGB. trifft nur die Nebenbestimmung[27]). Die Schenkung selbst wird dadurch nur in Mitleidenschaft gezogen, wenn anzunehmen ist, daß der Schenker ohne die Last überhaupt nicht geschenkt haben würde[28]) (arg. § 139 BGB.) oder

---

18) S. o. § 231 Ziff. 5 u. 6.

19) § 526 Satz 1 spricht nicht einmal davon, daß dem Beschenkten der Mangel des Geschenks bei dessen Annahme unbekannt gewesen sein müsse. S. dagegen Satz 2.

20) S. o. § 169.

21) Nicht etwa ist der ganze in Folge des Mangels entstandene Minderwerth der Schenkung auszugleichen. Der Schenker ist auch auf diesem Wege nicht zur Gewährleistung verpflichtet.

22) Hier erweitert sich sein Recht zu einem Anspruche. Die Gründe sind dieselben wie oben. Nur muß der Beschenkte sich im Irrthum befunden haben. Sonst läge seinerseits Schenkung oder Verzicht vor. Fahrlässige Unkenntniß ist gleichgültig.

23) Die Mängel der Schenkung hat er selbstverständlich immer darzuthun.

24) Fall des § 306 BGB. Der physischen Unmöglichkeit steht auch hier die rechtliche gleich, wenn die Auflage gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt (§§ 134, 138, 309 BGB.).

25) S. o. §§ 158 ff. Insbesondere wird in Betracht kommen, wenn der Schenker die Erfüllung der Auflage vereitelt.

26) S. Bd. I § 85, sowie hier oben §§ 145, 166.

27) Das oben § 168 (für gegenseitige Verträge) Gesagte ist hier nicht anwendbar.

28) S. meine Partiarischen Rechtsgeschäfte S. 534 ff. Angeschlossen haben sich Dernburg § 210 zu Note 2, Oertmann § 525 Note 5 u. A. Entsprechendes bestimmt § 2195 BGB. für erbschaftliche Auflagen, und auch geschichtlich galt

wenn durch den Inhalt der Auflage das ganze Geschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstößt z. B. unsittlich ist[29]).

4. Beruht die Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage[30]) auf einem vom Beschenkten zu vertretenden Umstande oder geräth derselbe mit der Erfüllung in Verzug[31]), so kann der Schenker, statt nach allgemeinen Grundsätzen auf Vollziehung resp. Schadensersatz zu dringen[32]), von der Schenkung zurücktreten, also die Herausgabe des Geschenks verlangen, und zwar unter denselben Voraussetzungen wie bei gegenseitigen Verträgen[33]). § 527 BGB. D. h. er muß, wenn die Erfüllung der Auflage noch möglich ist[34]) und nicht jedes Interesse für den Schenker verloren hat, dem Schuldner eine angemessene Nachfrist zur Erfüllung setzen[35]) und kann erst nach deren fruchtlosem Ablauf das Geschenk zurückfordern[36]). Außerdem ist die Rückforderung[37]) an folgende Einschränkungen gebunden.

a) Sie ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter — sei es ein Pri-

---

wesentlich dasselbe. Vgl. l. 1 Cod. de his quae sub modo 6, 45; l. 8 Cod. de cond. ob caus. 4, 6.

29) Z. B. Schenkung unter einer der oben Bd. I § 85 Note 9 erwähnten Auflagen.

30) Oder was ihr gleichsteht. S. o. § 159.

31) Was nach § 285 BGB. gleichfalls auf einem solchen Umstande beruht. Erlaubtheit der Auflage ist hier selbstverständlich immer vorauszusetzen.

32) S. §§ 280, 286 BGB. Ist die Erfüllung der Auflage noch möglich, so betrifft der Schadensersatz nur die Verzögerung (den Verzug). Der Schenker kann aber von § 283 BGB. Gebrauch machen (s. o. § 159), also den Schuldner rechtskräftig zur Leistung verurtheilen lassen und ihm dann die bekannte Präklusivfrist zur Erfüllung setzen. Nach deren Ablauf erwächst ihm der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

33) Nach Anleitung der §§ 325, 326 BGB. Das heißt selbstverständlich nicht, daß die Schenkung mit Auflage ein gegenseitiger Vertrag sei. Geschichtlich bestand hier immer ein Neuerecht (condictio causa data causa non secuta. Vgl. l. 3, 8 Cod. de cond. ob caus. 4, 6). Nachdem der Rücktritt bei gegenseitigen Verträgen in viel intensiverem Maße eingeführt ist, ergab sich die Anlehnung an diese Rechtsgestaltung von selbst. Doch ist der Anspruch beschränkter (er hält sich im Rahmen der condictio). S. u. Note 41.

34) Bei theilweiser Unmöglichkeit kommt es nach § 325 Abs. 1 darauf an, ob die theilweise Erfüllung der Auflage für den Schenker von Interesse ist. S. o. § 170.

35) S. über das Detail oben § 171.

36) Nach den Eingangsworten des § 527 könnte es scheinen, als ob die Verzugsvoraussetzungen bei der Nichterfüllung des Modus nicht vorzuliegen brauchten („unterbleibt die Vollziehung ꝛc."). Auf diese Voraussetzung wird aber durch die Bezugnahme auf das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen (§§ 325, 326 BGB.) verwiesen. Zu vertretende Unmöglichkeit der Erfüllung löst den Rückforderungsanspruch sofort aus (§ 325 Abs. 1); abgesehen davon muß entweder Verzug (§ 326) oder der Fall der rechtskräftigen Verurtheilung des Schuldners (§§ 283, 325 Abs. 2) vorliegen.

37) Die selbstverständlich wie dem Schenker selbst, so auch seinen Erben zusteht.

vater[38]) oder die Behörde[39]) — die Vollziehung der Auflage verlangen kann[40]). § 527 Abs. 2.

b) Die Rückforderung findet, wenn sie zulässig ist, nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung statt[41]). Und selbst diese Rückforderung ist noch eigenthümlich beschränkt. § 527 Abs. 1. Es kann nämlich nicht die ganze durch das Geschenk bewirkte Bereicherung des Beschenkten, sondern nur soviel herausverlangt werden, als zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen[42]). Das Geschenk wird also gewissermaßen in einen belasteten Theil und dessen freien Ueberschuß zerlegt, welch letzterer jedenfalls dem Beschenkten verbleiben soll. Nur der belastete Theil unterliegt der Rückforderung und ist dazu nöthigenfalls nach seinem Werthe zu veranschlagen[43]). Erfordert die Vollziehung der Auflage keinen Vermögensaufwand, so ist der belastete Theil gleich Null und folglich die Rückforderung ganz ausgeschlossen[44]). Doch ist die Vorschrift des § 527 nicht zwingend. Kann also der Schenker darthun, daß er ohne die Auflage überhaupt nicht geschenkt haben würde[45]), so ist, wenn die Zwangsvollstreckung auf Erfüllung versagt[46]), die Rückforderung des ganzen Geschenks aus allgemeinen Grundsätzen zuzulassen[47]).

---

38) Nach den Regeln des Vertrags zu Gunsten Dritter. S. o. Note 6.

39) S. o. Ziff. 1 am Ende. Dieser Fall kommt nur in Betracht, wenn die Erben des Schenkers zurückfordern wollen.

40) Denn der Beschenkte soll nur entweder das Eine oder das Andere leisten. Verzichtet der Dritte auf die Erfüllung der Auflage, so kann der Schenker resp. seine Erben das Geschenk zurückfordern. Der Dritte kann dies niemals.

41) Also nicht nach den Regeln des bedungenen Rücktrittsrechts von einem Vertrage (§ 327 BGB. u. Cit.). Es handelt sich um eine condictio. S. o. Note 33. Das Detail ergibt sich danach aus §§ 818 ff. BGB. S. u. §§ 317 ff.

42) Diese Beschränkung der condictio ist neues Recht. S. dazu Prot. Bd. 2 S. 32 ff. und meine Partiar. Rechtsgeschäfte (1897) S. 534 Note 11 ff.

43) Denn dieser Werth war nach Maßgabe der Auflage zu verwenden. Oertmann § 527 Note 2.

44) Der Schenker hat dann also nur den Anspruch auf Erfüllung.

45) Vgl. auch oben Ziff. 3 am Ende.

46) Solange sie noch möglich ist, wird sich der Schenker auf seinen blos bedingten Schenkungswillen zum Zwecke der Rückforderung nicht berufen können. Man wird ihm entgegenhalten, daß er seinen Willen auf andere Art zur Geltung bringen könne.

47) Ja durch besondere Abrede kann das Rückforderungsrecht des Schenkers bei Nichterfüllung der Auflage sogar der übrigen hier erwähnten Beschränkungen entkleidet werden. Arg. § 346 BGB.

§ 233.

D. Anfechtung ꝛc., Rückforderung und Widerruf von Schenkungen.

Die durch die Schenkung bewirkte Vermögensveränderung ist, weil sie eines wirthschaftlichen Grundes entbehrt[1]), nicht so beständig wie eine solche aus anderen Geschäften. Dritte Personen sind unter Umständen erheblich interessirt, daß nicht Vermögenswerthe, namentlich solche von größerem Umfang, ohne entsprechenden Gegenwerth aus dem Vermögen eines Anderen (z. B. ihres Schuldners oder Erblassers) gelangen; ja der Schenker selbst hat in gewissen Fällen ein Reuerecht[2]).

I. Mit Rücksicht hierauf haben unsere Gesetze eine besondere Art von Schenkungen ausgezeichnet, deren Wirksamkeit durch die in Rede stehenden Momente nicht in Frage gestellt werden kann[3]). Schenkungen, durch welche dem Gebote einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird[4]), sind den in Rede stehenden Beschränkungen nicht unterworfen[5]). Vgl. §§ 534, 2330 BGB.[6]).

II. Im Uebrigen besteht gegen (gewöhnliche) Schenkungen

A. Ein erweitertes Anfechtungsrecht Dritter, nämlich der Gläubiger des Schenkers gegen die sie verkürzenden Verfügungen[7]). Ferner besteht ein Anspruch der Vertragserben auf Herausgabe von Geschenken,

---

1) Vgl. Bd. I § 74 zu Note 26.

2) Ueber das oben § 232 Ziff. 4 Gesagte hinaus (also bei gewöhnlichen Schenkungen).

3) Der Gedanke hat sich im Lauf der Zeit in immer festerer Gestalt entwickelt. Schon das röm. Recht schloß den Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks dann aus, wenn die Schenkung für Rettung aus Lebensgefahr erfolgt war (vgl. l. 34 § 1 Dig. de don. 39, 5). Es handelte sich nur um richtige Erweiterung des Gesichtspunkts.

4) S. o. § 140 Ziff. III. Die §§ 32 Ziff. 1 KO. u. § 3 Ziff. 3 AnfechtungsG. v. 21. Juli 1879 reden von gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenken.

5) S. auch oben § 230 Note 34.

6) Auch der § 2287 BGB. wird auf Schenkungen dieser Art nicht zutreffen. — Darüber hinaus beziehen sich auch zahlreiche Schenkungsverbote ꝛc. nicht auf diese Art von Schenkungen. S. z. B. §§ 1446, 1641, 1804, 2113 Abs. 2, 2205 BGB. Davon kann erst an den entsprechenden Stellen des Systems die Rede sein.

7) S. §§ 32 KO. und § 3 Ziff. 3 u. 4 AnfechtungsG. v. 21. Juli 1879. Dort ist allgemein von unentgeltlichen Verfügungen die Rede. S. darüber oben §§ 184 ff. insbes. § 185 Ziff. 3. Die Schenkungsanfechtung bildet den Hauptfall.

die der Erblasser zur Beeinträchtigung ihrer Rechte gemacht hat[8]), und der Pflichttheilsberechtigten auf Ergänzung ihres Pflichttheils[9]).

B. Näher einzugehen ist hier auf die Fälle, in denen der Schenker selbst die Zuwendung wieder zurückziehen kann. Das Gesetz unterscheidet in dieser Hinsicht ein Rückforderungsrecht und den Schenkungswiderruf.

1. Ein allgemeines Rückforderungsrecht des Geleisteten[10]) gibt das Gesetz wegen eintretender Verarmung des Schenkers[11]). §§ 528, 529 BGB. Der Anspruch ist eine Ausweitung der Rechtswohlthat des Nothbedarfs[12]).

a) Voraussetzung ist, daß der Schenker nach Vollziehung der Schenkung[13]) außer Stande ist, entweder

α. seinen standesmäßigen Unterhalt zu bestreiten[14]) oder

β. die seinen Verwandten resp. seinem jetzigen oder früheren Ehegatten gegenüber bestehenden gesetzlichen Unterhaltspflichten zu erfüllen[15]).

b) Der Anspruch geht auf Herausgabe des ganzen Geschenks, nicht blos auf das zur Deckung der erwähnten Verbindlichkeiten Erforderliche. Anderseits besteht die Herausgabepflicht nur nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung, geht also nicht über das Maß des Vorhandenen hinaus[16]).

Früher Beschenkte haften nur soweit, als ein später Beschenkter nicht verpflichtet ist[17]).

---

8) Nach § 2287 BGB. Von diesem und dem folgenden Fall ist erst im Erbrecht zu handeln.

9) Nach näherer Anleitung der §§ 2325 ff. BGB. (querella inofficiosae donationis).

10) Mag ein Handgeschenk vorliegen oder zum Zwecke der Erfüllung eines früheren Schenkungsversprechens geleistet sein.

11) Es muß thatsächlich geleistet sein. Gegenüber dem bloßen Schenkungsversprechen findet dieser Rechtsbehelf nicht statt, sondern die Einrede des § 519. S. o. § 231 Ziff. 4.

12) S. o. § 231 Note 13. An Stelle des im preuß. Recht entwickelten Unterhaltsanspruchs des Schenkers im Falle der Verarmung kann das Geschenk nach Anleitung des Textes zurückgefordert werden.

13) Keineswegs nothwendig durch dieselbe. Auch genügt es, daß das Unvermögen des Schenkers nach Vollzug der Schenkung vorhanden ist; es braucht nicht erst danach eingetreten zu sein.

14) Entsprechend oben § 231 Note 15.

15) Dies entspricht nicht dem Umfang der Einrede des Nothbedarfs (oben § 231 Note 16), sondern ist enger. In Betracht kommen §§ 1351, 1360 ff., 1578, 1583 (Ehegatten), §§ 1601 ff., 1699, 1705, 1719, 1736 ff., 1757 (Verwandte). Insbesondere das Verhältniß des unehelichen Vaters zu seinem Kinde wird (arg. § 1589 Abs. 2) nicht berücksichtigt.

16) Nach Anleitung der §§ 818 ff. BGB. S. u. §§ 317 ff.

17) Vgl. dazu entsprechend oben § 231 Note 21 ff.

c) Außerdem ist das Rückforderungsrecht in folgenden Beziehungen abgeschwächt:

α. Der Beschenkte kann es **abwenden durch Leistung des Betrages, der für den Unterhalt** des Schenkers oder der anderen unter a genannten Personen erforderlich ist[18]). Dies ist durch Zahlung einer **Rente**[19]) an den Unterhaltsberechtigten nach den Regeln der Leibrente (§ 760) zu bewerkstelligen[20]). Im Uebrigen ist der Betrag nach den **standesmäßigen** Bedürfnissen des Schenkers resp. der betreffenden Angehörigen zu bemessen[21]). Die Rente **erlischt** mit dem Tode des Schenkers[22]). Hat der Beschenkte sich einmal für die Rentenzahlung entschieden, so wird er nicht dadurch befreit, daß die von ihm gezahlten Rentenbeträge schließlich das Schenkungskapital erreichen oder übersteigen[23]). § 528 Abs. 1 i. f.

β. Das Rückforderungsrecht ist **ausgeschlossen**, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit **vorsätzlich** oder durch **grobe Fahrlässigkeit**[24]) **herbeigeführt** hat. Außerdem erlischt es, wenn die Verarmung erst 10 **Jahre** nach Leistung des geschenkten Gegenstandes eingetreten ist[25]). § 529 Abs. 1.

γ. Schließlich hat auch **der Beschenkte gegen die Rückgabe des Geschenks die Einrede des Nothbedarfs**, ganz ebenso wie sie der Schenker aus dem Schenkungsversprechen wider den Beschenkten hat[26]). § 529 Abs. 2. Auch der übernommenen Rentenverpflichtung (α) des Beschenkten gegenüber wird die Einrede zuzulassen sein.

---

18) Der Beschenkte hat in dieser Hinsicht eine sog. Alternativbefugniß. S. o. § 153 Note 13 ff.

19) Mit Recht betont **Oertmann** § 528 Note 3 gegen **Planck**, daß der Schlußsatz des § 528 Abs. 1 sich nur auf den 2. Satz (das hier in Rede stehende Abwendungsrecht des Beschenkten) bezieht. Der Wortlaut „auf die Verpflichtung des Beschenkten" ist ungenau. Die Anwendung auf den 1. Satz würde zu Absurditäten führen.

20) D. h. die einzelnen Unterhaltsbeträge sind vom Beschenkten vierteljährlich praenumerando zu entrichten. Der einzelne Quartalsbetrag ist verfallen, wenn der Berechtigte den Beginn des Quartals erlebt hat.

21) Arg. oben lit. a.

22) Soweit es sich nicht um **Rückstände** handelt, auf die der Bezugsberechtigte sein Recht noch nicht verloren hat (letzteres ist mangels rechtzeitiger Geltendmachung regelmäßig der Fall: denn nemo vivit in praeteritum!). S. §§ 1613, 1615 BGB., worauf in § 528 Abs. 1 i. f. verwiesen wird. — Irrig nimmt **Planck** an, daß die Unterhaltspflicht auch mit dem Tode des Beschenkten erlösche. Nur für den Fall des Todes des **Schenkers** enthält § 528 die Verweisung. Zustimmend die meisten Schriftsteller.

23) Die getroffene Wahl ist bindend. Die Befugniß hat einen aleatorischen Charakter. S. auch **Oertmann** § 528 i. f.

24) Z. B. Verschwendung, wilde Börsenspekulationen u. dgl.

25) Seit der effektiven Leistung. S. o. Note 11. Es genügt, daß der

d) Das Rückforderungsrecht ist ein höchstpersönliches Recht des Schenkers. Es erlischt also mit dessen Tode, und kann nicht einmal von seinen Angehörigen geltend gemacht werden, wenn auch der Schenker sie zu unterhalten hat[27]). Nur wenn der Anspruch durch Vertrag anerkannt oder vom Schenker rechtshängig gemacht war[28]), verliert er diese Eigenthümlichkeit und ist wie andere Ansprüche übertragbar und pfändbar. S. § 400 BGB., § 852 CPO. Ein im Voraus (z. B. bei der Schenkung selbst) erklärter Verzicht auf das Rückforderungsrecht ist wirkungslos[29]).

2. Der Schenker kann die Schenkung widerrufen[30]), wenn der Beschenkte sich durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker selbst oder einen nahen Angehörigen desselben des groben Undanks schuldig macht. §§ 530 ff. BGB. Das Widerrufsrecht besteht auch gegenüber dem bloßen Schenkungsversprechen[31]). Von welcher Art die Verfehlungen sein müssen, um als Ausdruck groben Undanks zu erscheinen, sagt das Gesetz nicht; es überläßt die Beurtheilung dem freien richterlichen Ermessen[32]). So auch in Ansehung des Kreises der „nahen Angehörigen“[33]). § 530 Abs. 1.

Rückforderungsanspruch (gestützt auf die Verarmung) erst 10 Jahre nach dieser Zeit erhoben wird.

26) S. o. § 231 Ziff. 4. Bei gleicher Nothlage geht der durch den Willen des Schenkers herbeigeführte Besitzzustand vor. Die Rechtsordnung hat kein Interesse daran, denselben zu ändern, um einen Anderen in dieselbe Nothlage zu stürzen. — Daß auch hier lediglich eine Einrede gegeben sei, kann aus inneren Gründen nicht zweifelhaft sein. Ebenso Oertmann § 529 i. f.

27) (S. o. lit. a). Diese Verwandten ꝛc. können den Schenker nicht zwingen, sich durch Rückforderung des Geschenks die Mittel zur Alimentation zu verschaffen. Sie können nicht einmal den Anspruch ihres Schuldners pfänden und sich überweisen lassen. § 852 Abs. 2 CPO. (eine Bestimmung, die Dernburg § 208 Note 8 übersteht).

28) S. o. Bd. I § 129. Wenn (römisch gesprochen) die actio coepta und praeparata erat.

29) So mit Recht Dernburg § 208 Ziff. V. Nicht blos im Interesse des Schenkers selbst, sondern auch seiner genannten Angehörigen, überhaupt im öffentlichen sozialen Interesse ist das Rückforderungsrecht gegeben.

30) Vgl. Pollack, Der Schenkungswiderruf (1886). — Zahlreiche ehemalige Widerrufsgründe der Schenkung sind beseitigt. Soweit sie auf mangelnder Ueberlegung beruhen, soll der Schenker sich vorher bedenken. Beseitigt ist daher z. B. das gemeinrechtliche Widerrufsrecht wegen nachgeborener Kinder (s. auch Code Nap. Art. 960); ebenso das des Preuß. Allgemeinen Landrechts wegen Uebermaßes (bei mehr als der Hälfte des Vermögens), und allgemein binnen 6 Monaten, wenn die Schenkung außergerichtlich formlos vollzogen war. Soweit die Unüberlegtheit soziale Gefahren mit sich bringt, ist durch das Ziff. 1 genannte Rückforderungsrecht wegen Verarmung Vorsorge getroffen. — Ein Widerrufsrecht von Schenkungen an den schuldigen Ehegatten nach der Scheidung (§ 1584 BGB.) ist im Eherecht zu besprechen.

31) Im Gegensatz zu Ziff. 1.

32) Die früheren Rechte (l. 10 Cod. de revoc. don. 8, 56; Preuß. A.L.R. I

a) Das Widerrufsrecht ist ein besonderes Recht des Schenkers, verwandt dem Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung einer Auflage[34]). Es wird geltend gemacht durch Widerrufserklärung an den Beschenkten[35]). § 531 Abs. 1. Das Recht kann auch für sich verloren gehen, so

α. durch Verzeihung. § 532 BGB. Diese ist Handlung[36]) — aber nicht nothwendig Rechtsgeschäft des Schenkers. Es genügt ein Verhalten des Schenkers, in welchem der Wille, über das Geschehene hinwegzusehen, liegt[37]); es ist nicht erforderlich, daß der Schenker die Verzeihungsabsicht zum Ausdruck bringen (überhaupt disponiren) wollte. Die Entscheidung, ob Verzeihung vorliegt, ist vom Gericht nach freiem Ermessen zu treffen[38]).

β. Das Widerrufsrecht ist an eine Ausschlußfrist von einem Jahre seit Kenntniß der Widerrufsvoraussetzungen (also regelmäßig des vor a geschilderten Vorgangs) geknüpft[39]). Auch erlischt es

γ. durch den Tod des Beschenkten. § 532. Eine Dankespflicht seiner Erben wird von Rechtswegen nicht anerkannt.

Tit. 11 §§ 1151 ff.; Code Nap. Art. 953 ff. ꝛc.) führten die Verfehlungsfälle meist einzeln an. Die meisten, z. B. schwere Beleidigung, Körperverletzung, Freiheitsentziehung, vorsätzliche Lebens- und erhebliche Vermögensgefährdung, werden auch heute noch in Betracht kommen. Sie sollen nur nicht ausnahmslos und auch nicht ausschließlich sein. Hinzutreten kann z. B. unlauterer Wettbewerb, Denunziationen, grundlose Entmündigungsanträge. — Vorsatz ist nicht stets erforderlich, damit Undank angenommen werden kann; auch nicht unbedingt eine unerlaubte Handlung.

33) Auch hier kommt es mehr auf den Grad des verwandtschaftlichen Gefühls, als auf Gradesnähe an (s. z. B. Bd. I § 45 Ziff. 4 bes. lit. b.). Anhalt bietet § 52 Abs. 2 StGB. Aber auch die persönliche Beziehung des Schenkers zum Verletzten kommt wesentlich in Betracht. Denn es fragt sich, ob durch die That gegen den Schenker grober Undank verübt ist.

34) S. o. § 232 Ziff. 4. — Es ist also kein Anspruch, wie die Rückforderung Ziff. 1.

35) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. Bd. I § 88. Im Uebrigen formlos. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 36 S. 216 ff. Die Formvorschriften der älteren Rechte sind beseitigt.

36) S. o. Bd. I § 72. Ein Wahnsinniger kann daher nicht verzeihen. — Anfechtung der Verzeihung wegen Irrthums, Betrug und Zwang ist (arg. § 72 Note 5) selbst dann zulässig, wenn keine eigentliche Willenserklärung vorlag.

37) Z. B. Wiederaufnahme des persönlichen Verkehrs mit dem Beschenkten; ja selbst Handlungen gegenüber dritten Personen (z. B. der Schenker empfiehlt den Beschenkten für eine Stellung u. dgl.). — Mehr in den Worten als in der Sache abweichend Dernburg § 209 zu Note 12.

38) Uebrigens schließt die Verzeihung in diesem Sinne nur das Widerrufsrecht aus. War der Widerruf bereits erklärt, so kann nach allgemeinen Grundsätzen nur noch Erlaß der Rückforderung (lit. c) in Frage kommen, der selbstverständlich Rechtsgeschäft ist. S. o. § 195.

39) Soweit die Erben des Schenkers widerrufen können, treten die unter lit. b besprochenen besonderen Voraussetzungen hinzu. — Besondere Unterbrechungs- und Hemmungsgründe der Frist sind nicht aufgestellt. Ist der Widerruf erklärt, so verjährt die condictio (lit. c) nach den allgemeinen Vorschriften.

δ. Selbstverständlich kann der Schenker auf das Widerrufsrecht der Schenkung wie auf andere Rechte **verzichten**. Dies ist Rechtsgeschäft[40]) — verschieden von der Verzeihung[41]) und nicht nothwendig damit verbunden. Der Verzicht kann auch von Vertretern und den Erben des Schenkers erklärt werden. Der Verzicht ist wirkungslos, wenn er vor Kenntniß des Undanks erklärt wurde[42]). § 533.

b) Das Widerrufsrecht ist ein **höchstpersönliches Recht des Schenkers**. Es ist also unvererblich und unübertragbar[43]). Jedoch haben die **Erben** des Schenkers ein **selbständiges Widerrufsrecht**, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und rechtswidrig[44]) getödtet oder am Widerruf gehindert hatte[45]). § 530 Abs. 2. Dasselbe Widerrufsrecht steht auch den Erbeserben zu[46]).

c) **Durch die Erklärung des Widerrufs fällt die Schenkung zusammen**. Die schenkweise erfolgte Zuwendung wird grundlos[47]). Es erwächst also aus dem Widerruf ein **Rückforderungsanspruch des Geleisteten**[48]) nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten **Bereicherung**[49]). § 531 Abs. 2. Eine stärkere Haftung wäre zu hart, da der Beschenkte doch zunächst auf ein Behalten des Geschenks rechnen durfte[50]). Der Herausgabeanspruch ist (als gewöhnliches Forderungsrecht) vererblich und übertragbar.

---

40) S. o. Bd. I § 74 Note 19. Der Verzicht ist mit dem Erlaß der condictio (oben Note 38 nicht zu verwechseln. — Das Widerrufsrecht ist kein Anspruch: der Verzicht kann einseitig erklärt werden.

41) Die nicht Rechtsgeschäft zu sein braucht. S. o. lit. α. So stehen 3 Möglichkeiten nebeneinander!

42) Namentlich wenn er sofort mit der Schenkung verbunden wird. S. o. Note 29.

43) Auch hier ist nur das **Widerrufsrecht**, nicht die aus dem **erklärten** Widerruf entspringende **condictio** (s. u. lit. c) gemeint. Letztere ist ein gewöhnliches Forderungsrecht auf Rückgabe (§ 531 Abs. 2 BGB.) und als solches übertragbar und vererblich. S. auch **Dernburg** § 209 Note 9.

44) Also nicht, wenn die oben Bd. I § 107 Ziff. 3 genannten Fälle vorliegen.

45) Indem er die Widerrufserklärung (oben Note 35) hintertrieb oder vor dem Eingang auffangen und vernichten ließ ꝛc.

46) Das Widerrufsrecht der Erben (im Gegensatz zu dem des Schenkers) ist vererblich. Z. B. wenn der **Widerrufsgrund** dem Erben nicht bekannt war, vielmehr erst dem Erbeserben bekannt wurde.

47) S. o. § 230 und die dortigen Ausführungen über Zuwendung und causa donandi.

48) Rückgabe, Rückauflassung, Rückabtretung der übertragenen Forderungen ꝛc.

49) Also nach Anleitung der §§ 818 ff. BGB. S. u. §§ 317 ff. Entsprechend oben Note 16.

50) Nach Kenntniß der **Widerrufserklärung** haftet er (arg. § 819 Abs. 1) nach den gewöhnlichen Vorschriften.

d) Mehrere Schenker haben das Widerrufsrecht jeder perſönlich[51]) und für ſeinen Antheil[52]). Mehrere Erben des Schenkers dagegen können nur gemeinſchaftlich widerrufen[53]). — Waren Mehrere beſchenkt, ſo geht der Widerruf nur gegen den Undankbaren; waren Mehrere undankbar, gegen Alle oder Einen von ihnen nach Wahl des Widerrufsberechtigten. Doch kann von Jedem nur deſſen Antheil zurückverlangt werden. Iſt das Geſchenk untheilbar, ſo iſt der Widerruf nur bei Undankbarkeit Aller auszuüben.

Zweites Kapitel.

Ueberlaſſung von Gütern zu Gebrauch und Nutzung.

I. Miethe und Pacht*.

A. Ueberſicht dieſer Geſchäfte. Begriff und Abſchluß.

§ 234.

Im Gegenſatz zu den auf Veräußerung und ſonſtige Zuwendung von Gütern (mit oder ohne Entgelt) gerichteten Geſchäften[1]) ſtehen diejenigen, die es mit Ueberlaſſung von Gütern zu Gebrauch und Nutzung zu thun haben. Gegenſtand des Vertrags iſt dieſe Ueberlaſſung: ſie wird der einen Partei von der anderen und zwar auf Zeit zugeſtanden[2]). Daraus ergibt ſich regelmäßig bei dieſen Geſchäften eine

51) Das Widerrufsrecht iſt nicht untheilbar wie ein bedungenes Rücktrittsrecht (§ 356 BGB.).

52) Jeder hat den Rückforderungsanſpruch nur für die entſprechende Quote der geſchenkten Gegenſtände. Iſt der Gegenſtand untheilbar, ſo will Dernburg a. a. O. eine Forderung Jedes auf Leiſtung an Alle zulaſſen (arg. § 432).

53) Dies folgt aus dem Prinzip der Erbengemeinſchaft (vgl. § 2040 BGB.). Vgl. Entſch. d. RG. Bd. 34 S. 205 i. f.

*) Fränkel, Das Mieth- und Pachtrecht (1897); Vogel, Die Miethe von Wohnungen ꝛc. (1897); Fuld, Das Miethrecht (1898); Borcherdt, Das Miethsrecht (1899); Arnold, Die Wohnungsmiethe (1899); Brückner, Miethe von Wohnungen (1900); Mittelſtein, Die Miethe (1900); Niendorff, Miethrecht, u. A. Manche dieſer Schriften ſind populär gehalten. — Schollmeyer § 5; Dernburg §§ 215 ff.; Endemann I §§ 167 ff.; Coſack §§ 134 ff., 243, 247; Mathiaß I §§ 113 ff.; Enneccerus I §§ 260 ff. Speziallitteratur an den einſchlägigen Stellen.

1) S. o. das I. Kapitel.

2) Bei Sachen regelmäßig mit dem Beſitz der Sache. — Eine Veränderung der Eigenthumszuſtändigkeit oder ſonſtigen Vollherrſchaft über das Gut, an welchem die Nutzung gewährt wird, bezweckt der Vertrag nicht. Non solet locatio dominium mutare. S. l. 39 Dig. locati 19, 2. Hierin liegt das Unterſcheidungskriterium z. B. vom Kauf. Iſt zur Nutzung überlaſſen, ſo iſt die Nutzung Vertragsgegenſtand (die Früchte, die der Pächter zieht, ſind nur das Reſultat der Nutzung). Der Vertrag gehört hierher. Anders wenn die Früchte (als künftige Sachen) verkauft ſind.

die der Erblasser zur Beeinträchtigung ihrer Rechte gemacht hat[8]), und der Pflichttheilsberechtigten auf Ergänzung ihres Pflichttheils[9]).

B. Näher einzugehen ist hier auf die Fälle, in denen der Schenker selbst die Zuwendung wieder zurückziehen kann. Das Gesetz unterscheidet in dieser Hinsicht ein Rückforderungsrecht und den Schenkungswiderruf.

1. Ein allgemeines Rückforderungsrecht des Geleisteten[10]) gibt das Gesetz wegen eintretender Verarmung des Schenkers[11]). §§ 528, 529 BGB. Der Anspruch ist eine Ausweitung der Rechtswohlthat des Nothbedarfs[12]).

a) Voraussetzung ist, daß der Schenker nach Vollziehung der Schenkung[13]) außer Stande ist, entweder

α. seinen standesmäßigen Unterhalt zu bestreiten[14]) oder

β. die seinen Verwandten resp. seinem jetzigen oder früheren Ehegatten gegenüber bestehenden gesetzlichen Unterhaltspflichten zu erfüllen[15]).

b) Der Anspruch geht auf Herausgabe des ganzen Geschenks, nicht blos auf das zur Deckung der erwähnten Verbindlichkeiten Erforderliche. Anderseits besteht die Herausgabepflicht nur nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung, geht also nicht über das Maß des Vorhandenen hinaus[16]).

Früher Beschenkte haften nur soweit, als ein später Beschenkter nicht verpflichtet ist[17]).

---

8) Nach § 2287 BGB. Von diesem und dem folgenden Fall ist erst im Erbrecht zu handeln.

9) Nach näherer Anleitung der §§ 2325 ff. BGB. (querella inofficiosae donationis).

10) Mag ein Handgeschenk vorliegen oder zum Zwecke der Erfüllung eines früheren Schenkungsversprechens geleistet sein.

11) Es muß thatsächlich geleistet sein. Gegenüber dem bloßen Schenkungsversprechen findet dieser Rechtsbehelf nicht statt, sondern die Einrede des § 519. S. o. § 231 Ziff. 4.

12) S. o. § 231 Note 13. An Stelle des im preuß. Recht entwickelten Unterhaltsanspruchs des Schenkers im Falle der Verarmung kann das Geschenk nach Anleitung des Textes zurückgefordert werden.

13) Keineswegs nothwendig durch dieselbe. Auch genügt es, daß das Unvermögen des Schenkers nach Vollzug der Schenkung vorhanden ist; es braucht nicht erst danach eingetreten zu sein.

14) Entsprechend oben § 231 Note 15.

15) Dies entspricht nicht dem Umfang der Einrede des Nothbedarfs (oben § 231 Note 16), sondern ist enger. In Betracht kommen §§ 1351, 1360 ff., 1578, 1583 (Ehegatten), §§ 1601 ff., 1699, 1705, 1719, 1736 ff., 1757 (Verwandte). Insbesondere das Verhältniß des unehelichen Vaters zu seinem Kinde wird (arg. § 1589 Abs. 2) nicht berücksichtigt.

16) Nach Anleitung der §§ 818 ff. BGB. S. u. §§ 317 ff.

17) Vgl. dazu entsprechend oben § 231 Note 21 ff.

c) Außerdem ist das Rückforderungsrecht in folgenden Beziehungen abgeschwächt:

α. Der Beschenkte kann es abwenden durch Leistung des Betrages, der für den Unterhalt des Schenkers oder der anderen unter a genannten Personen erforderlich ist[18]). Dies ist durch Zahlung einer Rente[19]) an den Unterhaltsberechtigten nach den Regeln der Leibrente (§ 760) zu bewerkstelligen[20]). Im Uebrigen ist der Betrag nach den standesmäßigen Bedürfnissen des Schenkers resp. der betreffenden Angehörigen zu bemessen[21]). Die Rente erlischt mit dem Tode des Schenkers[22]). Hat der Beschenkte sich einmal für die Rentenzahlung entschieden, so wird er nicht dadurch befreit, daß die von ihm gezahlten Rentenbeträge schließlich das Schenkungskapital erreichen oder übersteigen[23]). § 528 Abs. 1 i. f.

β. Das Rückforderungsrecht ist ausgeschlossen, wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit[24]) herbeigeführt hat. Außerdem erlischt es, wenn die Verarmung erst 10 Jahre nach Leistung des geschenkten Gegenstandes eingetreten ist[25]). § 529 Abs. 1.

γ. Schließlich hat auch der Beschenkte gegen die Rückgabe des Geschenks die Einrede des Nothbedarfs, ganz ebenso wie sie der Schenker aus dem Schenkungsversprechen wider den Beschenkten hat[26]). § 529 Abs. 2. Auch der übernommenen Rentenverpflichtung (α) des Beschenkten gegenüber wird die Einrede zuzulassen sein.

---

18) Der Beschenkte hat in dieser Hinsicht eine sog. Alternativbefugniß. S. o. § 153 Note 13 ff.

19) Mit Recht betont Oertmann § 528 Note 3 gegen Planck, daß der Schlußsatz des § 528 Abs. 1 sich nur auf den 2. Satz (das hier in Rede stehende Abwendungsrecht des Beschenkten) bezieht. Der Wortlaut „auf die Verpflichtung des Beschenkten" ist ungenau. Die Anwendung auf den 1. Satz würde zu Absurditäten führen.

20) D. h. die einzelnen Unterhaltsbeträge sind vom Beschenkten vierteljährlich praenumerando zu entrichten. Der einzelne Quartalsbetrag ist verfallen, wenn der Berechtigte den Beginn des Quartals erlebt hat.

21) Arg. oben lit. a.

22) Soweit es sich nicht um Rückstände handelt, auf die der Bezugsberechtigte sein Recht noch nicht verloren hat (letzteres ist mangels rechtzeitiger Geltendmachung regelmäßig der Fall: denn nemo vivit in praeteritum!). S. §§ 1613, 1615 BGB., worauf in § 528 Abs. 1 i. f. verwiesen wird. — Irrig nimmt Planck an, daß die Unterhaltspflicht auch mit dem Tode des Beschenkten erlösche. Nur für den Fall des Todes des Schenkers enthält § 528 die Verweisung. Zustimmend die meisten Schriftsteller.

23) Die getroffene Wahl ist bindend. Die Befugniß hat einen aleatorischen Charakter. S. auch Oertmann § 528 i. f.

24) Z. B. Verschwendung, wilde Börsenspekulationen u. dgl.

25) Seit der effektiven Leistung. S. o. Note 11. Es genügt, daß der

räume und andere Räume[16]) für längere Zeit als ein Jahr bedarf der schriftlichen Beurkundung[17]). §§ 566, 580 BGB. Doch hat die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrags zur Folge[18]), sondern nur in Ansehung der verabredeten Zeit: sodaß der Vertrag für die Zeit nach Ablauf des ersten Jahres[19]) keine bestimmte Dauer mehr hat, also wie ein solcher ohne verabredete Zeitdauer gekündigt werden kann[20]).

4. Gegenstand von Miethe und Pacht können Sachen aller Art sein, bewegliche wie unbewegliche, soweit sie im Verkehr stehen oder die Gebrauchsüberlassung ꝛc. sich mit der öffentlichen Bestimmung der Sache verträgt[21]); — verbrauchbare Sachen, soweit sie durch den Gebrauch nicht verbraucht werden[22]). Als Gegenstand der Pacht muß die Sache dazu nutzbar, also zum Fruchtgenuß geeignet sein[23]). Regelmäßig bezieht sich die Gebrauchs- und Nutzungsüberlassung auf individuell bestimmte Sachen[24]), doch kann das Zubehör als solches wechseln[25]). Auch Miethe und Pacht an Sachgesammtheiten ist möglich.

Die Miethe und Pacht von Grundstücken ist vielfach vor der an beweglichen Sachen ausgezeichnet[26]). Die betreffenden Vorschriften[27])

---

16) Zum Benutzen des Raumes, nicht blos der Wände (Anbringen von Plakaten u. dgl.).

17) Dies ist neues Recht, selbst gegenüber dem System des Preuß. Allgemeinen Landrechts, welches Schriftform verlangte, wenn der Jahresmiethzins mehr als 150 Mark betrug (ohne Rücksicht auf Objekt und Dauer der Miethe). — Sind nicht alle Essentialien beurkundet, so kann der Vertrag nur als ein mündlicher in Betracht kommen. S. Entsch. d. RG. Bd. 40 S. 256.

18) Wie sonst bei Formmängeln. S. § 125 BGB. Ueber mündliche Nebenabreden s. Mittelstein S. 71 ff.

19) Für welches der Vertrag auch formlos hätte geschlossen werden können. Daher die Abweichung von § 125 BGB., dessen unveränderte Anwendung auch hier zu hart wäre.

20) Also für die spätere Zeit (nach Ablauf des 1. Jahres) ist Kündigung gemäß §§ 564 Abs. 2, 565 resp. bei der Pacht nach § 595 BGB. zulässig. S. u. § 245 Ziff. III. — Nebenberedungen (z. B. über Instandsetzung des Miethund Pachtobjekts) werden durch die Nichtigkeit der Zeitbestimmung unter Umständen in Mitleidenschaft gezogen, insofern sie abgesehen von der Zeitdauer des Vertrages nicht getroffen worden wären.

21) S. o. Bd. I §§ 65 ff., insbesondere § 67 Note 6, z. B. über Miethe und Pacht von Badeplätzen, Marktständen u. s. w.

22) Z. B. zum Ausstellen (ad pompam) u. dgl. S. auch Dernburg § 215 Ziff. II.

23) Z. B. eine Milchkuh — ein zur Ackerwirthschaft dienendes Grundstück.

24) Also z. B. nicht auf Geld. Auf Gattungssachen regelmäßig nur als einzelne.

25) Z. B. bei der Pacht eines Grundstücks mit Inventar. S. §§ 586 ff. BGB.

26) So z. B. in §§ 544, 551 Abs. 2, 556 Abs. 2, 559 ff., 565, 566 (s. schon oben zu Note 16 ff.), 571 ff., 582 ff., 586 ff., 590, 591 ff., 595 BGB.

27) Selbstverständlich nur soweit sie passen. Abgesehen davon aber ist § 580 laut § 581 Abs. 2 auch auf die Pacht anwendbar.

beziehen sich auch auf Wohnräume und sonstige Räume, z. B. in Schiffen[28]).

Dazu treten dann bei der Pacht unkörperliche Gegenstände aller Art, soweit sie nutzbar oder einkommensfähig sind; vor Allem Rechte, z. B. die Bergwerksberechtigung, Jagd- und Fischereirechte, Immaterialgüterrechte (Urheber-, Patentrecht), ganze Gewerbeberechtigungen[29]) u. dgl.

a) Fremde Gegenstände können vermiethet oder verpachtet werden[30]). Wer in Folge des Rechtsmangels Gebrauch und Nutzung nicht gewähren kann, wird seinem Gegner auf Gewährleistung verantwortlich[31]); der Vertrag ist gültig. Es ist sogar sehr häufig, daß Nichteigenthümer ꝛc. als solche vermiethen oder verpachten, z. B. Nießbraucher[32]), oder der Miether und Pächter selbst[33]). Der Miether übt hier das eigene Recht aus, indem er den Gegenstand desselben von einem Anderen gebrauchen oder nutzen läßt[34]).

Dagegen kann man seine eigene Sache nur dann miethen oder pachten, wenn man aus anderen Gründen den Gebrauch oder die Nutzung des Gegenstandes verloren hat und sie sich durch die Miethe ꝛc. wiederverschafft[35]). Andernfalls entbehrt das Geschäft des Inhalts resp. jedes Interesses[36]).

b) Existirt der Gegenstand bei Abschluß des Vertrages nicht oder geht er später zu Grunde, so gelten die Regeln von der Un-

---

28) A. M. Dernburg § 215 Note 7, der die Anwendung auf Räume in Grundstücken beschränken will. Dies ist zu eng. — Freilich eine Schieblade oder ein Gefach in einem Schranke ist kein „Raum" im Rechtssinne. Eine verhältnißmäßige Größe und Bedeutung des Gelasses ist zu fordern. — Ferner s. o. Note 16 (die bloße Wand eines Raumes ist kein Raum).

29) Z. B. eine Apotheke, ein Theater, eine Gastwirthschaft, ja überhaupt ein Handelsgeschäft (s. § 22 Abs. 2 HGB.).

30) Sogut wie sie verkauft werden können. S. o. § 212 Ziff. 1 a.

31) S. § 541 BGB. u. unten § 236.

32) Wenn der Nießbrauch im Lauf der Miethzeit endigt, so fällt das Miethobjekt an seinen Herrn zurück. Dies wird nach Art eines Verkaufs der Miethsache (§§ 571 ff. BGB.) behandelt, doch darf der Herr die Miethe nach § 1056 unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen. S. u. §§ 242 ff. und das Sachenrecht. (Aehnliche Fälle im Familien- u. Erbrecht. S. §§ 1423, 1663, 2135 BGB.)

33) Hier reden wir von Untermiethe.

34) S. §§ 549, 596 Abs. 1 BGB. Das Recht des Dritten geht hier nicht weiter als das des ersten Miethers oder Pächters. Erlischt dessen Recht, so muß der Untermiether ꝛc. das Objekt herausgeben und kann vom Herrn auch direkt dazu angehalten werden. S. § 556 Abs. 3.

35) Z. B. der Gegenstand befindet sich im Nießbrauch dritter Personen.

36) Der Vertrag wäre ungültig. Arg. § 306 BGB. S. schon l. 21 Dig. de usurp. 41, 3; l. 45 pr. Dig. de R. J. 50, 17. Theilweise a. M. Hellmann, Archiv f. civ. Praxis Bd. 90 S. 434 ff.

δ. Selbstverständlich kann der Schenker auf das Widerrufsrecht der Schenkung wie auf andere Rechte **verzichten**. Dies ist Rechtsgeschäft[40]) — verschieden von der Verzeihung[41]) und nicht nothwendig damit verbunden. Der Verzicht kann auch von Vertretern und den Erben des Schenkers erklärt werden. Der Verzicht ist wirkungslos, wenn er vor Kenntniß des Undanks erklärt wurde[42]). § 533.

b) Das Widerrufsrecht ist ein **höchstpersönliches Recht des Schenkers**. Es ist also unvererblich und unübertragbar[43]). Jedoch haben die **Erben** des Schenkers ein **selbständiges Widerrufsrecht**, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und rechtswidrig[44]) getödtet oder am Widerruf gehindert hatte[45]). § 530 Abs. 2. Dasselbe Widerrufsrecht steht auch den Erbeserben zu[46]).

c) **Durch die Erklärung des Widerrufs fällt die Schenkung zusammen**. Die schenkweise erfolgte Zuwendung wird grundlos[47]). Es erwächst also aus dem Widerruf ein **Rückforderungsanspruch des Geleisteten**[48]) nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten **Bereicherung**[49]). § 531 Abs. 2. Eine stärkere Haftung wäre zu hart, da der Beschenkte doch zunächst auf ein Behalten des Geschenks rechnen durfte[50]). Der Herausgabeanspruch ist (als gewöhnliches Forderungsrecht) vererblich und übertragbar.

---

40) S. o. Bd. I § 74 Note 19. Der Verzicht ist mit dem Erlaß der condictio (oben Note 38 nicht zu verwechseln. — Das Widerrufsrecht ist kein Anspruch: der Verzicht kann einseitig erklärt werden.

41) Die nicht Rechtsgeschäft zu sein braucht. S. o. lit. α. So stehen 3 Möglichkeiten nebeneinander!

42) Namentlich wenn er sofort mit der Schenkung verbunden wird. S. o. Note 29.

43) Auch hier ist nur das **Widerrufsrecht**, nicht die aus dem **erklärten** Widerruf entspringende **condictio** (s. u. lit. c) gemeint. Letztere ist ein gewöhnliches Forderungsrecht auf Rückgabe (§ 531 Abs. 2 BGB.) und als solches übertragbar und vererblich. S. auch **Dernburg** § 209 Note 9.

44) Also nicht, wenn die oben Bd. I § 107 Ziff. 3 genannten Fälle vorliegen.

45) Indem er die Widerrufserklärung (oben Note 35) hintertrieb oder vor dem Eingang auffangen und vernichten ließ 2c.

46) Das Widerrufsrecht der Erben (im Gegensatz zu dem des Schenkers) ist vererblich. Z. B. wenn der **Widerrufsgrund** dem Erben nicht bekannt war, vielmehr erst dem Erbeserben bekannt wurde.

47) S. o. § 230 und die dortigen Ausführungen über Zuwendung und causa donandi.

48) Rückgabe, Rückauflassung, Rückabtretung der übertragenen Forderungen 2c.

49) Also nach Anleitung der §§ 818ff. BGB. S. u. §§ 317ff. Entsprechend oben Note 16.

50) Nach Kenntniß der **Widerrufserklärung** haftet er (arg. § 819 Abs. 1) nach den gewöhnlichen Vorschriften.

d) Mehrere Schenker haben das Widerrufsrecht jeder perſönlich[51]) und für ſeinen Antheil[52]). Mehrere Erben des Schenkers dagegen können nur gemeinſchaftlich widerrufen[53]). — Waren Mehrere beſchenkt, ſo geht der Widerruf nur gegen den Undankbaren; waren Mehrere undankbar, gegen Alle oder Einen von ihnen nach Wahl des Widerrufsberechtigten. Doch kann von Jedem nur deſſen Antheil zurückverlangt werden. Iſt das Geſchenk untheilbar, ſo iſt der Widerruf nur bei Undankbarkeit Aller auszuüben.

Zweites Kapitel.

Ueberlaſſung von Gütern zu Gebrauch und Nutzung.

I. Miethe und Pacht*.

A. Ueberſicht dieſer Geſchäfte. Begriff und Abſchluß.

§ 234.

Im Gegenſatz zu den auf Veräußerung und ſonſtige Zuwendung von Gütern (mit oder ohne Entgelt) gerichteten Geſchäften[1]) ſtehen diejenigen, die es mit Ueberlaſſung von Gütern zu Gebrauch und Nutzung zu thun haben. Gegenſtand des Vertrags iſt dieſe Ueberlaſſung: ſie wird der einen Partei von der anderen und zwar auf Zeit zugeſtanden[2]). Daraus ergibt ſich regelmäßig bei dieſen Geſchäften eine

51) Das Widerrufsrecht iſt nicht untheilbar wie ein bedungenes Rücktrittsrecht (§ 356 BGB.).

52) Jeder hat den Rückforderungsanſpruch nur für die entſprechende Quote der geſchenkten Gegenſtände. Iſt der Gegenſtand untheilbar, ſo will Dernburg a. a. O. eine Forderung Jedes auf Leiſtung an Alle zulaſſen (arg. § 432).

53) Dies folgt aus dem Prinzip der Erbengemeinſchaft (vgl. § 2040 BGB.). Vgl. Entſch. d. RG. Bd. 34 S. 205 i. f.

*) Fränkel, Das Mieth- und Pachtrecht (1897); Vogel, Die Miethe von Wohnungen ꝛc. (1897); Fuld, Das Miethrecht (1898); Borcherdt, Das Miethsrecht (1899); Arnold, Die Wohnungsmiethe (1899); Brückner, Miethe von Wohnungen (1900); Mittelſtein, Die Miethe (1900); Niendorff, Miethrecht, u. A. Manche dieſer Schriften ſind populär gehalten. — Schollmeyer § 5; Dernburg §§ 215 ff.; Endemann I §§ 167 ff.; Coſack §§ 134 ff., 243, 247; Mathiaß I §§ 113 ff.; Enneccerus I §§ 260 ff. Speziallitteratur an den einſchlägigen Stellen.

1) S. o. das I. Kapitel.

2) Bei Sachen regelmäßig mit dem Beſitz der Sache. — Eine Veränderung der Eigenthumszuſtändigkeit oder ſonſtigen Vollherrſchaft über das Gut, an welchem die Nutzung gewährt wird, bezweckt der Vertrag nicht. Non solet locatio dominium mutare. S. l. 39 Dig. locati 19, 2. Hierin liegt das Unterſcheidungskriterium z. B. vom Kauf. Iſt zur Nutzung überlaſſen, ſo iſt die Nutzung Vertragsgegenſtand (die Früchte, die der Pächter zieht, ſind nur das Reſultat der Nutzung). Der Vertrag gehört hierher. Anders wenn die Früchte (als künftige Sachen) verkauft ſind.

entsprechende Rückgabepflicht des Empfängers[3]). Die Nutzungsgewährung ist nicht auf Begründung dauernder Zustände gerichtet[4]): es ist daher Vorsorge getroffen, daß sie auch intensiv ein gewisses Maß nicht überschreitet[5]).

Auch diese Geschäfte können entgeltlich oder unentgeltlich geschlossen werden. Im ersteren Fall wird das Nutzungsrecht gegen einen Preis überlassen. Von dieser Art sind Miethe und Pacht (dieselben sind Umsatzgeschäfte über die Nutzung). Das unentgeltliche Gebrauchsüberlassungsgeschäft ist die Leihe[6]).

1. Durch den Miethvertrag verpflichten sich die Parteien zum Austausch des Gebrauchs[7]) von Sachen gegen Entgelt. § 535 BGB. Die Pacht ist dem Charakter nach nur eine Miethe: blos ist der Inhalt der dem Pächter gewährten Befugnisse ein weiterer. Die Pacht geht nicht blos auf die Ueberlassung des Gebrauchs, sondern der gesammten Nutzung (Gebrauch und Fruchtgenuß) des Pacht-

---

3) Z. B. auf Rückgabe des Besitzes der in Gebrauch genommenen Sache ꝛc. und selbstverständlich in gehörigem Zustande.

4) Entsprechend dem allgemeinen Wesen der Schuldverhältnisse. S. o. § 138 bes. Ziff. 3.

5) Miethe und Pacht ꝛc. sind daher Schuldverhältnisse, keine dinglichen Rechte. Sie erzeugen keinerlei dingliche Herrschaftsbefugnisse an der Sache selbst, auf die sie sich beziehen. Den ausführlichen Nachweis s. bei Crome, Die jur. Natur der Miethe in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 37 S. 1. Meine dortigen Ausführungen hat Niemand, auch Cosack § 243 V nicht, zu widerlegen vermocht. Wenn er mir bei Betonung des großen Kontrastes zwischen Miethe und Reallast Nichtbeachtung des § 1108 BGB. vorwirft, so wird durch die inhaltlich beschränkte persönliche Verpflichtung dieses § der Kontrast nicht weggeschafft. Die Vorschrift durfte bei meiner Darstellung außer Betracht bleiben. S. o. § 138 Note 24. Eine ängstlich pedantische Schreibart, die jedem möglichen Einwurf vorbeugt, liegt mir fern. Zustimmend Dernburg § 215 Note 18, Oertmann, Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 326 und alle anderen namhaften Autoren. S. noch unten § 242 Note 16 ff.

6) Die Römer stellten Miethe und Pacht nicht mit der Leihe (die ihnen ein Realkontrakt war), sondern mit den Lohnverträgen (s. u. § 252 Note 3) zusammen. Wie man im ersteren Falle den Gebrauch von Gegenständen miethete, so miethete man hier die Arbeitskraft eines anderen Menschen. Die locatio-conductio operarum und operis entsprach der locatio-conductio rei. Die zunehmende wirthschaftliche, politische und ethische Bedeutung der Arbeit in heutiger Zeit, auch wenn die Arbeit gegen Entgelt geleistet wird, läßt eine Parallele mit der Sachmiethe nicht aufkommen. Der Gegenwart war es vorbehalten, die Arbeitsverträge — in Verbindung mit der Arbeiterschutzgesetzgebung — zu voller rechtlicher Entwickelung zu bringen. S. Burckhard, Geschichte der locatio-conductio (1889); W. Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht (Sonderabdr. a. d. Jahrb. f. Nationalökonomie u. Statistik 1896) bes. S. 90, u. unten das IV. Kapitel.

7) Soll der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch ein unsittlicher sein (was z. B. in der Preisbestimmung u. dgl. hervortritt), so ist das Geschäft nach allgemeinen Grundsätzen nichtig. S. § 138 BGB. Vgl. auch Entsch d. RG. Bd. 38 S. 199. Ebenso beim sog. Wohnungswucher. S. o. Bd. I § 85.

objektes[8]), soweit die Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag des Pachtobjektes anzusehen sind[9]). Auch können in dieser Weise nicht blos Sachen, sondern einkommensfähige Gegenstände aller Art (Sachen, Rechte) zur Nutzung überlassen werden[10]). Daraus ergeben sich denn auch hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Parteien einige Abweichungen. Im Uebrigen gelten die Regeln der Miethe. § 581[11]).

2. Miethe und Pacht sind danach gegenseitige Verträge, auf die als solche die Regeln oben §§ 168 ff. Anwendung finden[12]). Doch hat der Vermiether und Verpächter regelmäßig vorzuleisten. §§ 551, 581 BGB.

3. Zum Abschluß des Vertrages ist regelmäßig nur die erklärte Willensübereinstimmung der Parteien über den zu überlassenden Gebrauch bezw. die Nutzung und den Entgelt erforderlich. Es muß also feststehen, daß, was und wofür vermiethet oder verpachtet worden ist[13]). Alles etwa sonst noch Verabredete sind Nebenbestimmungen, welche das Wesen des Vertrages nicht berühren, obschon sie im Einzelfall natürlich eine große Rolle spielen können[14]).

Die Erklärungen über den Vertragsabschluß können formlos geschehen[15]). Nur der Vertrag über ein Grundstück, über Wohn-

---

8) S. § 100 BGB. u. oben Bd. I § 69 Ziff. 7.

9) S. dazu Bd. I § 69 zu Note 8.

10) Beispiele: vgl. Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 4, Bd. 27 S. 279. ꝛc. — Die vom Pächter zu gewinnenden Früchte können danach Sach- und Rechtsfrüchte sein. Vgl. o. § 69 Ziff. 4.

11) In dieser Weise hat unser Gesetz zwischen dem röm. und deutschen Rechte vermittelt, von denen das erstere Miethe und Pacht kaum unterschied, das letztere sie wie zwei ganz verschiedene Rechtsinstitute behandelte. Das geht aber jedenfalls zu weit. Der einheitliche Grundcharakter zeigt sich deutlich darin, daß in gewissen Fällen kaum mit Sicherheit zu sagen ist, ob Pacht oder Miethe vorliegt: z. B. wenn Haus nnd Hof mit umliegenden Ländereien als zusammengehörig zur Benutzung überlassen sind. Es wird darauf ankommen, was in concreto als die Hauptsache erscheint.

12) Von einer besonderen Gefahrtragung ist danach nicht die Rede (was man mißverständlich auch so ausdrückt: periculum est locatoris).

13) Für die Frage, ob Miethe oder Pacht vorliegt, ist der Wortlaut des Vertrages nicht entscheidend, sondern der Sinn: ob blos Gebrauch oder auch Fruchtgenuß überlassen ist. Beispiele bei Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 124 ff. S. auch oben Note 11. — Aber auch wenn Fruchtgenuß nur nebenbei gewährt ist, z. B. hinsichtlich des Gartens des gemietheten Wohnhauses, werden wir die Pachtregeln von der ordnungsmäßigen Wirthschaft (§§ 581—583 BGB.) u. dgl. doch darauf anwenden. Aus etwaigen Zweifeln der Grenzbestimmung werden sich daher praktisch kaum Unzuträglichkeiten ergeben.

14) Vgl. o. Bd. I §§ 77, 96. Von diesem und anderem Detail des Vertragsabschlusses s. noch unten Ziff. 6.

15) Unter Umständen ohne jede wörtliche Erklärung. Z. B. Beziehen des Zimmers im Gasthofe, Besteigen des Reitpferds am Fuße des Berges u. dgl.

Unfällen, von denen man sagen muß, daß Jeder sie tragen muß. Dahin gehört z. B. völlige Zerstörung der Miethsache durch höhere Gewalt. Der Vermiether muß repariren, aber er braucht nicht wiederherzustellen![8])

b) Der Vermiether ist verpflichtet, dem Miether für den ruhigen Gebrauch der Sache zu stehen (arg. § 535). Er hat daher für seine Person Alles zu unterlassen, wodurch der Miether im Gebrauch der Sache gestört wird. Er darf z. B. die wirthschaftliche Bestimmung der Sache nicht verändern[9]), ebensowenig Reparaturen daran vornehmen, die den Gebrauch des Miethers stören und nicht von letzterem verlangt oder sonst dringend nothwendig sind[10]). Der Vermiether hat weiterhin dafür zu stehen, daß der Miether nicht von dritten Personen, die Rechte an der Miethsache geltend machen, in der Benutzung der letzteren gestört wird[11]). Der Miether kann also vom Vermiether gegen solche Störungen[12]) Schutz verlangen, ohne Rücksicht darauf, ob letzteren ein Verschulden trifft. Ist dagegen der Miether in dem Gebrauch der Sache nur durch thatsächliche Eingriffe Dritter gestört worden, so ist der Vermiether dafür nicht verantwortlich, sofern er nur von seiner Seite den vertragsmäßigen Gebrauch gewährt[13]). Erst wenn er dieses nicht mehr kann, geht ihn die Störung an: durch die Unmöglichkeit der

---

7) Nach der Ortssitte fallen vielfach Reparaturen unterhalb eines gewissen Werthes (z. B. von 5 Mark) dem Miether zur Last.

8) Vielmehr erlischt solchenfalls nur der Vertrag nach § 323 BGB. — Wegen der Reparaturen, namentlich wenn der Miether sie für den Vermiether vornimmt, s. noch unten Note 20ff., 29 u. § 236 Ziff. II am Ende.

9) Z. B. in dem zum vermietheten Haus gehörigen Garten keine gewerbliche Anlage errichten, auch wenn für den Miether noch „Raum genug" übrig bleibt.

10) Letzterenfalls hat der Miether die Rechte des § 542. S. u. § 236 zu Note 33ff. — Der Vermiether kann wegen Reparatur nicht kündigen.

11) In dieser Hinsicht haftet der Vermiether für Mängel im Rechte. S. u. Ziff. II u. § 236.

12) Z. B. Eigenthums-, Dienstbarkeits- und sonstige Ansprüche Dritter, welche auf die Sache verfolgt werden können und zu einer Beschränkung des vertragsmäßigen Gebrauchs des Miethers führen. Soweit dies nicht der Fall ist, hat der Vermiether sie nicht zu vertreten. So auch in den Fällen der §§ 571ff., 577 BGB.

13) Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn der frühere Miether nicht rechtzeitig auszieht (der Vermiether muß ihn rechtzeitig austreiben und die Wohnung dem neuen Miether bereitstellen). Der vertragsmäßige Gebrauch ist auch nicht gewährt, wenn der Vermiether andere Miether in demselben Hause duldet, mit denen sich nicht zusammen leben läßt. Der wichtigste Fall ist die Enteignung oder Konfiskation der Miethsache. Oder ein verpachtetes Theater wird von der Obrigkeit geschlossen. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 4 S. 169, Bd. 25 S. 356. Ist der Staat Vermiether, so ist die durch ein anderes Organ der Staatsgewalt verübte Störung nicht als die eines Dritten anzusehen.

Leistung wird auch der Miether von seiner Verpflichtung frei[14]) bezw. kann vom Vertrage für die Zukunft zurücktreten (die Miethe kündigen). § 542 BGB. Voraussetzung des Kündigungsrechts ist jedoch rechtzeitige Anzeige an den Vermiether, damit letzterer womöglich noch Abhülfe schaffen kann. § 545[15]).

Auch hier sind aber Kleinigkeiten (Unfälle, wie sie im Leben häufig vorkommen und nicht zu vermeiden sind) zu ertragen[16]), wie z. B. wenn das Grundstück vorübergehend vom Wasser überschwemmt wird oder die Uebergabe der Sache beim Beginn der Miethzeit sich um ein Geringes verzögert[17]).

3. Der dem Miether zu gewährende Gebrauch muß ihm frei von anderen Aufopferungen als dem bedungenen Entgelt zugänglich gemacht werden. Daher hat

a) der Vermiether im Verhältniß zum Miether die auf der Miethsache ruhenden öffentlichen[18]) und privatrechtlichen[19]) Lasten zu tragen. § 546.

b) Der Vermiether hat dem Miether die nothwendigen Verwendungen zu ersetzen, die dieser auf die Sache gemacht hat[20]). Ausgenommen sind solche Aufwendungen, die lediglich dem Vortheil des Gebrauchs entsprechen, wie die Fütterungskosten eines Thieres[21]). § 547 Abs. 1.

Wegen anderer Verwendungen kommt, falls nicht eine besondere Pflicht des Miethers zu ihrer Vornahme bestand, der Gesichtspunkt auftragloser Geschäftsführung für den Vermiether in Betracht[22]). Letzterer haftet also nur, wenn der Miether die Verwendung

14) Nach dem allgemeinen Prinzip der gegenseitigen Verträge (s. o. § 168).

15) Davon noch unten § 236 I Ziff. 4. — Im Uebrigen kann der Miether sich selbst gegen den Dritten im Besitze schützen.

16) Vgl. schon l. 24 § 4 Dig. locati 19, 2 u. oben Note 7.

17) Z. B. weil der Auszug des früheren Miethers sich ein wenig verspätet. Ortsüblich werden dafür sogar einige Tage festgesetzt. — Es geht also viel zu weit, wenn Cosack § 135 II Ziff. 2b sagt, daß der Vermiether den Miether während der Miethzeit „sowohl gegen Naturereignisse", als auch gegen Angriffe dritter Personen zu schützen habe.

18) Z. B. Grund- und Gebäudesteuern, Kanalisationsabgaben u. s. w. Besonders geregelt sind die Einquartierungslasten (die Vertheilung dieser Last ist Gemeindesache). Vgl. RG. v. 13. Juni 1873, 13. Febr. 1875, 3. Aug. 1878, 21. Juni 1887 u. 24. Mai 1898. S. Fuld S. 83 ff.

19) Z. B. Hypothekenzinsen, Reallasten u. dgl.

20) Da der Vermiether die Sache in gehörigem Zustand erhalten muß. S. auch § 538 Abs. 2 BGB. — Dies entspricht dem gemeinen Recht (s. l. 55 § 1 Dig. loc. 19, 2).

21) Auf diese Kosten ist bei Bestimmung des Miethpreises regelmäßig schon Rücksicht genommen. Auf Kurkosten ist die Ausnahme nicht zu erstrecken.

22) Entsprechend dem oben § 215 Ziff. 3 i. f. beim Kaufe Gesagten.

nicht ohne die Absicht, dafür Ersatz zu verlangen, vornahm[23]) und die Verwendung dem wirklichen vermuthlichen Willen des Vermiethers entspricht; — andernfalls nur auf die durch die Verwendung erlangte Bereicherung[24]). Eine mit der Sache verbundene Einrichtung darf der Miether nach allgemeinen Grundsätzen hinwegnehmen[25]). § 547 Abs. 2[26]).

II. Erfüllt der Vermiether die Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung nicht, so kann der Miether

1. nach allgemeinen Grundsätzen Erfüllung und eventuell[27]) Schadensersatz verlangen. Der Miether kann sogar, falls der Vermiether mit der Beseitigung eines Mangels[28]), der den Miether am vertragsmäßigen Gebrauch behindert, im Verzuge ist, den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen[29]). § 538 Abs. 2[30]).

2. Daneben müßte der Miether, wenn die Pflicht zur Gebrauchsgewährung aus irgend einem Grunde unerfüllt bleibt, auch die aus §§ 320 bis 327 BGB. entspringenden Rechte haben[31]). Diese sind auch nicht gänzlich unanwendbar[32]). Es ist aber zunächst das Rücktrittsrecht des Miethers durch ein Kündigungsrecht er-

23) Arg. § 685 BGB.

24) Arg. § 684 eod. — Die Ansprüche können durch Klage, Einwand gegen die Miethzinsforderung ꝛc., aber bei Grundstücken nicht durch Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden. § 556 Abs. 2.

25) S. darüber § 258 BGB u. oben § 151 Ziff. III.

26) Verjährung der Ansprüche in 6 Monaten seit Beendigung der Miethe. § 558 Abs. 1 u. 2.

27) Bei Unmöglichkeit in Folge eines vom Vermiether zu vertretenden Umstandes sowie bei Verzug.

28) Jeder Art! Rechts- und Sachmängel und die darauf beruhenden Störungen des Miethers kommen in Betracht. Der Vermiether soll also in erster Linie den Mangel beseitigen: die Sache repariren (s. o. Note 5 ff.), die kollidirenden Rechte des Dritten abkaufen (Note 11 ff.) u. dgl.

29) Nicht nach dem Gesichtspunkt bei Note 22, da vielmehr das Interesse des Miethers zu Grunde liegt. Aber unter objektiver Würdigung der Sachlage.

30) Daneben ist der Vermiether aus seinem Verzug nach allgemeinen Grundsätzen auch zu Schadensersatz verpflichtet. Aber nicht zum Ersatze eines Schadens, den der Miether sich selbst zuzuschreiben hat (s. o. Bd. I § 111). Nach diesen Grundsätzen ist zu vermitteln.

31) S. o. §§ 169 ff. Auch bei rein thatsächlichen Mängeln der Sache. Denn, im Gegensatz zum Kaufe (s. o. §§ 220 ff.), ist hier auch bei solchen Mängeln die Verpflichtung zur Gewährung des kontraktmäßigen Gebrauches nicht erfüllt.

32) Z. B. bei Annahmeverzug des Miethers kommt § 324 BGB. zur Anwendung. — Beruht die Nichtgewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs auf einem vom Vermiether zu vertretenden Umstande, so kann der Miether zwar nach §§ 325, 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (s. o.), nicht aber vom Vertrage zurücktreten, da dies für die Miethe pro praeterito unzweckmäßig wäre. An die Stelle tritt das im Text erwähnte Kündigungsrecht, wodurch das Verhältniß der Parteien abgebrochen wird. S. o. § 181 Note 5.

setzt: und zwar gleichviel ob der vertragsmäßige Gebrauch schon zu Beginn der Miethzeit nicht gewährt[33]), oder dem Miether nachträglich durch Sachmängel oder Mängel im Rechte des Vermiethers entzogen wurde[34]). § 542. Gleichviel auch ob die Gebrauchsentziehung vom Vermiether zu vertreten ist, oder nicht. Das Ganze ist nach Art der Wandelung gedacht[35]). § 543. Wir reden von diesem Kündigungsrecht bei der Gewährleistungspflicht des Vermiethers[36]).

Auch abgesehen davon ist, wenn der vertragsmäßige Gebrauch dem Miether in Folge von Sachmängeln oder Mängeln im Rechte des Vermiethers entzogen wird, die einfache Anwendung des §§ 320 bis 327 BGB. zu hart und vielfach nicht ausreichend[37]). Das Gesetz regelt daher die Gewährleistungspflicht des Vermiethers im Einzelnen, und zwar gleichmäßig für beide Mängelarten[38]). §§ 537 ff., 541, 542 ff.

§ 236.

Fortsetzung: Gewährleistungspflicht des Vermiethers.

I. Eine Gewährleistungspflicht des Vermiethers für Sach- und Rechtsmängel besteht nur insoweit, als ein Mangel die Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs an den Miether verhindert. Also weder soweit die Mängel mit diesem Gebrauch verträglich sind[1]), noch insoweit der Dritte von seinen kollidirenden Rechten keinen Gebrauch macht[2]).

1. Hindern sie aber den vertragsmäßigen Gebrauch, so wird die Haftpflicht des Vermiethers voll in Anspruch genommen, wenn der Mangel schon beim Abschluß des Vertrags vorhanden war[3]),

33) Gänzliche Nichterfüllung oder bloße Verzögerung der Gebrauchsgewährung steht gleich.

34) Selbstverständlich ist, daß der Miether für die Zeit, da ihm die Sache vom Vermiether vertragswidrig entzogen ist, den Miethzins nicht zu zahlen hat. Soweit die Nichtgewährung des Gebrauchs auf Mängeln der Sache oder im Rechte des Vermiethers beruht, bestimmen das Nähere die §§ 537, 541 BGB.

35) S. o. § 220 insbes. Ziff. 4 c. Wenn auch nur für die Zukunft (s. o. N. 32).

36) S. u. § 236 II Ziff. 3 zu Note 33 ff.

37) Schon wegen der erforderlichen Spezialisirung der Mängel.

38) Und zwar in möglichstem Anschluß an die Haftung des Verkäufers.

1) Z. B. eine auf der Miethsache ruhende Hypothek stört den Miether nicht.

2) Arg. § 541 verbis: wird durch das Recht des Dritten dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch .... entzogen. Eine bloße Gefahr der Entziehung genügt nicht.

3) Ein zu dieser Zeit schon vorhandener Mangel ist vom Vermiether immer zu vertreten. Dies entspricht dem franz. Recht (Cod. Nap. Art. 1721), während das Preuß. A.L.R. (I Tit. 21 § 273) u. das Sächs. GB. (§ 1198) den Vermiether auch hier nur wegen Verschuldens haftbar machte. Das röm. Recht in dieser Frage war bestritten.

oder zwar *später*, aber in Folge eines vom Vermiether zu *vertretenden Umstands* eingetreten[4]) oder nicht rechtzeitig wieder beseitigt[5]) worden ist. Hier werden die vollen Konsequenzen der Kontraktwidrigkeit gezogen. Der Vermiether haftet auf *Schadensersatz wegen Nichterfüllung*[6]). §§ 538 Abs. 1, 541.

2. In den *übrigen* Fällen begnügt sich das Gesetz mit einer Haftung des Vermiethers, die sich aus *Wandelungs-* und *Minderungselementen* zusammensetzt[7]). S. §§ 537, 541, 542 ff. Daß diese Rechtsbehelfe bei den Ziff. 1 erwähnten Kontraktwidrigkeiten ebenfalls Anwendung finden, versteht sich hier wie beim Kaufe von selbst[8]).

3. Dagegen *entfällt* jede Haftung des Vermiethers[9]), *wenn der Miether bei Abschluß des Miethvertrages den Mangel kennt.* §§ 539 S. 1, 541, 543[10]).

a) Die Haftung wegen *nicht besonders zugesicherter Eigenschaften* der Miethsache fällt sogar schon dann weg, wenn der Miether den Mangel beim Vertragsschluß *ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erkennen können*. Für offene oder offenbare Sachmängel wird also auch hier nicht gehaftet[11]), es sei denn, daß sie vom Vermiether *arglistig verschwiegen* sind[12]). — Ebenso wenn der Miether die mangelhafte Sache *ohne Vorbehalt annimmt, obschon er den Mangel kannte*[13]), verliert er seine Ansprüche. S. §§ 539 S. 2, 543.

b) Dagegen wird die Haftung für *Rechtsmängel* durch die bei

---

4) Hier hat der Vermiether auch seine eigenen Handlungen, z. B. Verfügungen über die Miethsache regelmäßig zu vertreten. Ebenso haftet er für Verschulden Dritter, deren Handlungen er überhaupt zu vertreten hat.

5) Bei *Verzug* der Beseitigung. Vgl. § 285 BGB.

6) Ueber das Selbstbeseitigungsrecht des Mangels durch den Miether und Auferlegung der betreffenden Kosten an den Vermiether (§ 538 Abs. 2), s. schon oben § 235 Note 29.

7) S. über den Wandelungs- und Minderungsanspruch beim Kauf oben §§ 220, 222.

8) Vgl. o. § 220 Ziff. 4. — Die §§ 537, 541, 542 BGB. reden ganz allgemein. Ueber die einzelnen Gewährleistungsansprüche s. u. Ziff. II, III.

9) Entsprechend oben § 220 Ziff. 6.

10) Der Miether kann weder den Miethzins einbehalten resp. mindern lassen, noch für die Zukunft die Miethe kündigen, noch gegebenenfalls Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (noch den Mangel beseitigen und dem Vermiether die Kosten zur Last legen).

11) Der Grundsatz „Augen für Geld" gilt auch in dieser Beziehung. Dagegen darf der Miether der gegebenen Zusicherung vertrauen (braucht also ihre Richtigkeit nicht nachzuprüfen).

12) Die Gründe sind die gleichen wie oben § 220 Ziff. 6a. Vgl. § 460 BGB.

13) S. o. § 220 Ziff. 6b. Arg. § 464 BGB. S. die dortigen Ausführungen über Annahme, Kenntniß und Vorbehalt.

lit. a erwähnten Umstände nicht ausgeschlossen. Der Miether darf sich auf die ausreichende Befugniß des Vermiethers verlassen[14]). § 541[15]).

4. Eine besondere Voraussetzung der Gewährleistungspflicht des Vermiethers stellt § 545 auf. Zeigen sich Rechts- oder Sachmängel im Laufe der Miethzeit, oder treten sie nur hinreichend drohend hervor[16]), so hat der Miether dem Vermiether unverzüglich[17]) davon Anzeige zu machen[18]). Unterläßt er dies, so stehen ihm die Rechte auf Einbehaltung oder Minderung des Miethzinses, fristlose Kündigung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung[19]) nicht zu[20]). Kannte der Vermiether den Mangel, so ist selbstverständlich nicht nochmalige Anzeige erforderlich[21]). Der Miether hat die rechtzeitige Anzeige oder Kenntniß des Vermiethers darzuthun[22]).

5. Die Gewährleistungspflicht des Vermiethers kann vertragsmäßig verschärft oder abgemildert werden[23]). Doch ist die Herabminderung nichtig in Ansehung solcher Mängel, die der Vermiether dem Miether arglistig verschwieg. § 540 BGB.

II. Gewährleistung für Sachmängel.

1. Der Vermiether haftet für Mängel aller Art, welche die Tauglichkeit der Miethsache zu dem vertragsmäßigen Gebrauch aufheben oder mindern[24]). § 537 Abs. 1. Eine erhebliche Minderung ist nicht erforderlich[25]). Ebenso haftet der Vermiether für das Fehlen

14) Ohne daß eine besondere Zusicherung (wie in Note 11) nöthig wäre.

15) Dort wird § 539 Satz 2 BGB. nicht in Bezug genommen.

16) Z. B. Rechtsmängel: ein Dritter maßt sich ein Recht an der Sache an. Sachmängel: es wird eine Vorkehrung erforderlich zum Schutz der Sache gegen irgend eine unvorhergesehene Gefahr (für eine vorherzusehende hat der Vermiether von selbst vorzusorgen).

17) Ohne schuldhaftes Zögern. S. Bd. I § 111 Note 19.

18) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. S. Bd. I § 72 gegen Ende. — Uebrigens geht die Bedeutung des § 545 BGB. über die Gewährleistung hinaus. S. u. § 237 Ziff. 2.

19) §§ 537, 538 Abs. 1, 542 BGB.

20) Nur das im öffentlichen Interesse gegebene Kündigungsrecht ungesunder Wohnungen (§ 544 BGB.) wird durch das Unterlassen der Anzeige nicht berührt.

21) Dies ergibt sich aus dem Begriff des „Anzeigens". Kannte der Vermiether den Mangel aus grober Fahrlässigkeit nicht, so gilt das Gleiche. S. u. § 237 Ziff. 2a.

22) Behauptet der Miether, daß er den Mangel selbst erst später erkannt habe, so muß Vermiether ihm den Zeitpunkt seiner Kenntniß beweisen. Zustimmend Oertmann § 545 Note 5.

23) Im Allgemeinen nach denselben Grundsätzen wie oben § 220 Ziff. 8 zu Note 70 ff.

24) Nicht blos die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen ꝛc. Gebrauch, wie nach § 459 BGB. beim Kaufe. S. o. § 221. Z. B. Wanzen in der Miethwohnung sind ein genügender Mangel.

25) Uebrigens auch hier mit Berücksichtigung von Treu und Glauben und

zugesicherter Eigenschaften der Sache[26]), denen auch hier wieder bei Grundstücken die Zusicherung einer bestimmten Größe des Grundstücks gleichgestellt wird[27]). Abs. 2.

2. Die Haftung wegen dieser Mängel tritt ein, wenn sie zur Zeit der Ueberlassung der Sache an den Miether vorhanden waren, oder auch erst später während der Miethzeit eintreten[28]).

3. Die Gewährleistungspflicht des Vermiethers[29]) gestaltet sich wie folgt:

a) Während der Zeit der Gebrauchsentziehung durch den Mangel ist kraft Gesetzes[30]) die Verpflichtung des Miethers zur Leistung des Miethzinses aufgehoben[31]). Ist die Tauglichkeit der Sache zu dem vermietheten Gebrauche nur vermindert, so ist der Miether nur zur Leistung eines entsprechenden Theiles des bedungenen Miethzinses verpflichtet. Dieser wird wie bei der Minderung eines Kaufpreises berechnet[32]). § 537 Abs. 1.

b) Ist die Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs eine erhebliche[33]), so kann der Miether die ganze Miethe aufkündigen[34]). §§ 542 ff.[35]). Ebenso wenn die Kündigung wegen der Gebrauchsbeeinträchtigung durch ein besonderes Interesse des Miethers gefordert wird[36]). Eine Kündigungsfrist ist nicht einzuhalten. Doch

---

der Verkehrssitte. Danach wird sich beurtheilen, ob nach Lage der Sache überhaupt eine Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt.

26) S. o. § 221 Ziff. 1 b.

27) S. § 468 BGB.

28) Also ein bestimmter kritischer Zeitpunkt des Eintritts (oben § 221 Ziff. 2) wird hier nicht verlangt. Ist doch die Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung eine während der ganzen Miethzeit fortdauernd zu erfüllende.

29) Wegen der sonstigen Rechte des Miethers s. o. § 235 Ziff. II.

30) Der Miether braucht nicht erst auf Wandelung zu bestehen. S. o. § 222 Ziff. I.

31) Gleichgültig ist, ob der Vermiether die Mängel kannte, oder ob überhaupt ein Verschulden von seiner Seite vorliegt.

32) Also nach §§ 472, 473 BGB. S. über die Berechnungsmethode oben § 222 I Ziff. 8. — Uebrigens schuldet auch hier der Miether kraft Gesetzes nur den entsprechend geringeren Miethpreis. — War der Miethzins praenumerando bezahlt, so hat der Miether ein entsprechendes Rückforderungsrecht des zuviel Bezahlten, aber (mangels Verschuldens des Vermiethers) nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (s. u. §§ 317 ff.). Arg. § 543 i. f.

33) Wenn sie z. B. eine erhebliche Zeit oder erhebliche Theile der vermietheten Sache nach Maßgabe der Vertragsvereinbarung betrifft.

34) Ueber das gleiche Kündigungsrecht bei bloßer Verzögerung der Ueberlassung s. o. § 235 II Ziff. 2. Dort auch über das Wesen dieses fristlosen Kündigungsrechts (als Abgangsrecht vom Vertrage pro futuro, nach Art der Wandelung).

35) Der Miether hat die Wahl zwischen der Kündigung und den bei lit. a erwähnten Rechten.

36) Z. B. in dem von einem Lungenkranken gemietheten Zimmer raucht

muß der Miether[37]) dem Vermiether regelmäßig zunächst noch eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen[38]), nach deren fruchtlosem Ablauf die Kündigung statthaft ist[39]). Der Fristsetzung bedarf es nicht, wenn die nachträgliche Abstellung des Mangels für den Miether kein Interesse mehr hat[40]). § 542 Abs. 1 i. f.[41]).

Die Kündigung bewirkt die Aufhebung des Vertrages für die Zukunft. Bezieht sie sich nur auf einzelne von mehreren vermietheten Sachen, so finden die Grundsätze der Wandelung beim Mengekauf entsprechende Anwendung[42]). Der Gesammtmiethzins ist nöthigenfalls verhältnißmäßig herabzusetzen[43]). § 543 Abs. 1. — Ein im Voraus bezahlter Miethzins kann für den nach der Kündigung liegenden Zeitraum zurückgefordert werden: bei Kündigung wegen eines vom Vermiether nicht zu vertretenden Umstands jedoch nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[44]) Abs. 2.

Eine besondere im sozialen Interesse eingeführte Steigerung des Kündigungsrechts enthält § 544 BGB[45]).

c) War der Mangel beim Miethabschluß schon vorhanden[46]) oder ist er später in Folge eines vom Vermiether zu vertretenden

---

der Ofen, oder die Heizung ist nicht ganz bis auf die normale Temperatur zu bringen. § 542 Abs. 2. Billigere Angebote von anderwärts genügen nicht.

37) Wie regelmäßig beim Rücktrittsrecht (s. § 326 BGB.).

38) S. dazu oben § 151 Note 8 ff.

39) Es ist also nach Ablauf der Frist nochmalige Erklärung des Miethers nöthig. Bestimmte technische Ausdrücke sind nicht erforderlich. Ob beide Erklärungen verbunden werden können, wird nur unter Umständen zu bejahen sein. S. o. Bd. I § 97 i. f.

40) Wie gewöhnlich in solchen Fällen. S. auch § 326 BGB. Ebenso bei Fixgeschäften. § 361. — Jedoch geht das fristlose Kündigungsrecht nach § 545 auch in diesen Fällen verloren, wenn der Miether dem Vermiether den Mangel nicht rechtzeitig angezeigt hatte. S. o. I Ziff. 4.

41) Der Miether hat die Kündigung, die Setzung der erforderlichen Nachfrist resp. eventuell sein Interesse nach den im Text besprochenen beiden Richtungen zu beweisen.

42) Waren die Sachen als zusammengehörig vermiethet, so kann jeder Theil verlangen, daß die Kündigung auf alle Sachen erstreckt wird. — Die Kündigung hinsichtlich der Hauptsache erstreckt sich von selbst auch auf die Nebensache, aber nicht umgekehrt. S. §§ 469, 470, 543 Abs. 1 BGB. S. o. § 222 zu Note 89 ff.

43) Nach den Grundsätzen § 471 BGB. S. o. § 222 Note 95.

44) Vgl. o. Note 32 i. f. u. Cit.

45) Danach kann bei der Miethe von Wohnungen oder anderen zum Aufenthalt von Menschen bestimmten Räumen, wenn deren Benutzung mit erheblicher Gefährdung der Gesundheit verbunden ist, das Kündigungsrecht schlechthin ausgeübt werden, d. h. ohne Frist, sowie auch dann, wenn der Miether bei Abschluß des Vertrags den Mangel kannte oder auf dessen Geltendmachung verzichtet hat (s. o. Ziff. I).

46) In diesem Augenblick vorhandene Mängel sind vom Vermiether stets zu vertreten. S. o. Note 3.

Umstandes entstanden oder nicht beseitigt[47]), so kann der Miether statt der Einbehaltung des Miethzinses (lit. a), aber neben den sonstigen Rechten auf Erfüllung, Kündigung ꝛc., Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen[48]). § 538[49]). Der Anspruch geht auf das gesammte Erfüllungsinteresse[50]). Hatte der Miether beim Verzug des Vermiethers den Mangel selbst beseitigt, so ist jedenfalls Ersatz der dazu erforderlichen Aufwendungen zu verlangen. Abs. 2[51]).

III. Mängel im Rechte des Vermiethers werden entsprechend behandelt. Denn für die Miethe kann der Effekt nur sein, daß dem Miether, wie bei Sachmängeln, der vertragsmäßige Gebrauch der Sache entzogen oder geschmälert wird[52]).

1. In Betracht kommt jedes Recht eines Dritten, durch welches dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch der gemietheten Sache ganz oder zum Theil entzogen wird. § 541[53]).

2. Gleichgültig ist, ob der Rechtsmangel zur Zeit der Ueberlassung der Miethsache schon vorhanden war oder nachträglich im Lauf der Miethzeit entsteht[54]).

3. Die Rechtsbehelfe des Miethers sind die gleichen wie bei den Sachmängeln[55]). §§ 541, 542 ff.

---

47) S. o. Note 4—5.

48) Denn für die Zeit, da der Mangel den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigte, ist überhaupt nicht, oder nicht richtig erfüllt. Das Erfüllungsbegehren betrifft nur die Zukunft.

49) Falls er auf Erfüllung besteht, bezieht sich der Schadensersatz natürlich nur auf die Zeit bis zur Erfüllung.

50) In den allgemeinen Grenzen der Ersatzpflicht (s. o. § 151). Vgl. entsprechend oben § 222 Ziff. II.

51) S. dazu oben § 235 Note 27 ff.

52) Ueber die Unerheblichkeit fahrlässiger Unkenntniß des Miethers von den Mängeln in diesem Falle s. schon oben I Ziff. 3.

53) In Ansehung der Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der Entziehung gilt dasselbe wie oben II Ziff. 1.

54) S. o. II Ziff. 2. Im letzteren Fall kann aber häufig das kollidirende Recht des Dritten überhaupt nicht auf die Miethsache geltend gemacht werden. S. §§ 571 ff., 986 Abs. 2 BGB. S. noch unten §§ 242 ff.

55) S. o. II Ziff. 3. Er braucht also

a) für die Zeit der Gebrauchsentziehung den Miethzins nicht oder nur in entsprechend geringerem Umfang zu zahlen;

b) er hat bei genügender Erheblichkeit der Gebrauchsentziehung resp. bei besonderem Interesse das sofortige Kündigungsrecht (unter eventueller Gewährung einer Nachfrist für Beseitigung des Mangels).

c) Bestand das Recht des Dritten schon bei Abschluß des Miethvertrages oder ist es späterhin in Folge eines vom Vermiether zu vertretenden Umstandes entstanden oder nicht rechtzeitig beseitigt, so haftet der Vermiether auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

§ 237.

b) Benutzung der Miethsache und Entgelt.

Für den Miether entspringen aus dem Vertrage folgende Verpflichtungen.

1. Der Miether hat den bedungenen Miethzins zu entrichten[1]), und zwar mangels anderweitiger Bestimmung postnumerando: am Ende der Miethzeit resp. der einzelnen Miethzinsabschnitte[2]). § 551 BGB. Der Vermiether hat also vorzuleisten, und steht der Miethzinsforderung regelmäßig die Einrede des nichterfüllten Vertrages entgegen, wenn der Miethgebrauch nicht vertragsmäßig gewährt ist.

a) Die Verpflichtung zur Zahlung des Miethzinses wird nicht dadurch aufgehoben, daß in der Person des Miethers[3]) ein Grund eintritt, weswegen er an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauches verhindert wird[4]). Anders nur, soweit der Vermiether während der Verhinderung des Miethers durch Selbstbenutzung der Sache oder sonst[5]) Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwerthung des Gebrauchs[6]) einen Gewinn macht. Dies muß er sich auf den zu fordernden Miethzins abziehen lassen. Solange der Gebrauch der Sache dem Miether durch Ueberlassung an einen Dritten abgeschnitten ist, hat er gar keinen Miethzins zu entrichten[7]). § 552 BGB.

---

1) Darüber, daß er nicht stets in Geld zu bestehen hat, s. schon oben § 234 Ziff. 5. Eine Geld- oder Sachleistung ist nach allgemeinen Grundsätzen zu übereignen, Geld nach § 270 BGB. zu übersenden, falls nicht die Abholung des Miethzinses bedungen oder ortsüblich ist.

2) Bei Grundstücksmiethe regelmäßig quartaliter am ersten Werktag des nächstfolgenden Kalendervierteljahrs, falls nicht kürzere Fristen bedungen sind. § 551 Abs. 2.

3) Z. B. Krankheit, eine unaufschiebliche Reise ꝛc. — Im Gegensatz zu Gründen, die in der Miethsache oder beim Vermiether liegen. S. die früheren Ausführungen § 236.

4) Eine Verpflichtung zur Annahme der Miethsache besteht nicht. S. o. § 163. Der Miether darf gebrauchen, muß nicht gebrauchen; und der Miethzins ist dafür zu zahlen, daß er gebrauchen darf. — Auch die Verpflichtung des Vermiethers zur Gebrauchsgewährung wird durch die im Text bezeichneten Umstände keineswegs aufgehoben, es käme denn eine entgegengesetzte Vereinbarung der Parteien zu Stande.

5) Z. B. wegen der Nichtbenutzung des Hauses erspart er die Wasser- und Kanalisationsabgaben.

6) Z. B. indem er andere Miether findet. — Eine Verpflichtung, solche zu suchen, hat er nicht. Böswilliges Unterlassen wird hier nicht, wie in § 324 BGB., getroffen; doch dürfte die Gleichbehandlung aus allgemeinen Grundsätzen folgen. S. o. § 164.

7) Es ist nicht blos der Betrag des Miethzinses des Dritten vom eigenen geschuldeten Miethzins abzuziehen. Verschiedenheit der Beträge wird also nicht

b) Wegen Verzugs des Miethers in der Zahlung zweier aufeinanderfolgender Zinsraten hat der Vermiether ein sofortiges Kündigungsrecht (ohne Kündigungsfrist). Er kann den Miether „exmittiren“ [8]). So auch, wenn die Nichtzahlung der beiden Zieler nur eine theilweise war [9]). Doch wird das Kündigungsrecht durch Nachzahlung vor erfolgter Kündigungserklärung [10]) ausgeschlossen. — Die bereits vollzogene Kündigung wird unwirksam, wenn der Miether nach der Kündigungserklärung unverzüglich [11]) von einer schon vorher vorhandenen [12]) Aufrechnungsbefugniß Gebrauch macht [13]). § 554 [14]).

2. Der Miether darf nur den vertragsmäßigen Gebrauch von der Sache machen; also sie nur so benutzen wie sie vermiethet ist. In diesem Rahmen hat er eine Abnutzung der Sache (Veränderung oder Verschlechterung) nicht zu vertreten [15]). § 548 [16]). Dagegen haftet er nach allgemeinen Grundsätzen für ordnungsmäßige Obhut der Sache [17]).

a) Eine zu dieser Fürsorge gehörige Verpflichtung ist es, daß der Miether dem Vermiether unverzüglich [18]) Anzeige davon zu machen

---

beachtet. S. über Alles dies schon l. 19 §§ 9, 10, l. 27 pr., l. 30 § 1, l. 61 § 1 Dig. locati 19, 2.

8) S. o. bei Note 2; § 236 Note 34. Das Kündigungsrecht entspricht dem älteren Recht. Vgl. l. 54 § 1, l. 56 Dig. loc. 19, 2; c. 3 X de locat. 3, 18, Preuß. A.L.R. I Tit. 21 § 298, das sächs. u. franz. Recht (wenn auch die Dauer des Rückstands verschieden bestimmt war). — Eine Nachfrist wie nach § 326 BGB. braucht nicht gesetzt zu werden.

9) Falls Theilzahlung überhaupt angenommen war. S. § 266 BGB. Etwaige praenumerando gezahlte Zinsbeträge sind im Falle der Exmission nach § 555 BGB. zurückzuerstatten.

10) Was dazu gehört, s. o. Bd. I § 88. — Der Nachzahlung steht die Hinterlegung nach §§ 189 ff. oben gleich. War die Rücknahme des Hinterlegten nicht ausgeschlossen, so besteht die Einrede des § 379 BGB. gegen das Exmissionsrecht.

11) Ohne schuldhaftes Zögern. § 121 BGB.

12) Was dazu gehört, s. o. § 192.

13) Aus denselben Gründen wie in §§ 326 jcto 357 BGB. S. o. § 175 Note 27 ff.

14) Bei der Theilpacht ist § 554 nicht anwendbar, vielmehr bei Vernachlässigung der Fruchtgewinnung ein sofortiges Rücktrittsrecht gegeben. Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 109.

15) Z. B. bei Miethwohnungen durch Abtreten der Fußböden, Risse in Ofenkacheln, Tapeten ꝛc. Ebenso durch Einschlagen von Nägeln und Haken in die Wände in mäßigem und ortsüblichem Umfang. — Ist der vertragsmäßige Gebrauch mit größerer Abnutzung verbunden (z. B. gemiethete Maschinen, Kleider), so ist auch diese nicht zu vertreten.

16) Die Bestimmung ist dispositiv. S. aber anderseits auch o. § 234 am Ende.

17) S. über die custodiae praestatio im Allgemeinen schon oben § 157 Ziff. I. Daselbst auch Ziff. II über die Haftung des Miethers für seine Leute. Ebenso haftet er für seine Untermiether und Gebrauchscessionare (unten § 241). Vgl. einstweilen §§ 549 Abs. 2, 550, 553 BGB. — Ueber das Kündigungsrecht bei erheblicher Verletzung der schuldigen Sorgfalt s. u. lit. b.

18) S. o. Note 11.

hat[19]), wenn im Lauf der Miethzeit ein Mangel[20]) der gemietheten Sache hervortritt, oder eine Vorkehrung zum Schutz der Sache gegen eine unvorhergesehene Gefahr erforderlich wird[21]) oder ein Dritter sich Rechte an der Sache anmaßt[22]).

Unterläßt der Miether die Anzeige, so ist er für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich[23]). § 545 BGB. Durfte er darauf vertrauen, daß der Vermiether die Mängel kenne, so ist dies jedoch nicht anzunehmen[24]). Ebensowenig ist der Miether zu besonderer Nachforschung nach den Mängeln verpflichtet[25]).

b) Jeder vertragswidrige Gebrauch der Miethsache ist vom Miether zu vertreten[26]). Ebenso willkürliche Veränderungen der Miethsache, auch wenn sie an sich vielleicht Verbesserungen sind[27]). Wegen aller dieser Dinge hat der Vermiether das gewöhnliche Recht auf Schadensersatz[28]). Doch braucht er sich für die ihm drohenden

---

19) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. S. o. Bd I § 72 Ziff. 1 i. f.

20) Nicht blos Gewährsmängel (s. o. § 236). Nicht blos was den Miether genirt, kommt in Betracht, sondern derselbe hat der Sache in jeder Hinsicht Obhut angedeihen zu lassen. Z. B. das Regenwasser dringt durch das Dach ein. Es kann unter Umständen lange dauern, bis der vertragsmäßige Gebrauch des Miethers dadurch leidet. Dem Vermiether aber entsteht dadurch viel früher großer Schaden.

21) Z. B. Schlösser, Thüren und Fenster bieten bei zunehmender Einbruchsgefahr keinen genügenden Schutz mehr.

22) Hier ist die Anzeige der Weg, auf dem der Miether über den Bereich des ihm selbst zustehenden Besitzschutzes (s. o. § 235 Note 15) hinaus, mangels dinglichen Rechtes an der Sache die letztere zu schützen hat. — Hat ihn der Dritte verklagt, so kann die Anzeige im Wege der Streitverkündung geschehen. S. § 76 CPO.

23) D. h. er hat Ersatz dafür zu leisten. — Inwiefern er wegen der Mängel die Gewährleistungspflicht des Vermiethers nicht mehr in Anspruch nehmen kann, ist schon erwähnt. S. o § 236 I Ziff. 4.

24) Kannte der Vermiether die Mängel, so ergibt sich schon aus dem Begriff des „Anzeigens", daß nochmalige Mittheilung nicht erforderlich ist. Aber auch wenn dem Vermiether die Mängel aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind, muß dasselbe gelten; denn die Anzeigepflicht folgt aus der allgemeinen Fürsorgepflicht, gegen die besondere Entschuldigungsgründe zulässig sein müssen. So auch Dernburg § 219 Ziff. III; Oertmann § 545 Note 4.

25) Es fragt sich, ob ein Verschulden in der allgemeinen Fürsorge (s. o.) vorliegt.

26) Z. B. unbefugte Ueberlassung der Sache an einen Dritten, — Umwandlung des Wohnhauses in einen Gasthof, eine Restauration u. s. w., — das Einlegen von Kohlen auf den Speicher, das Veranstalten großer Wäsche in der Küche u. dgl. — Unangenehmer Geschäftsbetrieb? S. Fuld S. 94 ff. Ferner noch unten § 246 Note 25.

27) Der Vermiether braucht sich „Verbesserungen an sich" nicht gefallen zu lassen. Für ihn sind es vielleicht keine! Das Neutapezieren von Zimmern ist aber keineswegs immer willkürlich. Zum vertragsmäßigen Gebrauch gehören auch ästhetische Rücksichten. Zustimmend Dernburg § 219 Note 7—8.

28) Bemerkenswerth ist hier hauptsächlich nur die Verjährung binnen

Gefahren nicht mit Schadenserſatz zu begnügen. Vielmehr geht ſein Hauptintereſſe darauf, daß die vertragswidrige Behandlung der Miethſache nicht in der Zukunft fortdauere. Demgemäß kann er den Miether zur Unterlaſſung ermahnen[29]), und wenn dies nicht fruchtet, auf Unterlaſſung klagen[30]). § 550. Wird der Abmahnung zuwider der vertragswidrige Gebrauch in einer Weiſe fortgeſetzt, welche die Rechte des Vermiethers in erheblichem Maße[31]) verletzt, ſo kann dieſer das Miethverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfriſt aufkündigen — alſo wiederum zur Exmiſſion ſchreiten[32]). § 553.

Ebenſo wenn der Miether durch Vernachläſſigung der ihm obliegenden Sorgfalt[33]) die Sache erheblich gefährdet[34]). § 553 i. f.

3. Am Schluß der Miethzeit hat der Miether die Sache dem Vermiether zurückzugeben[35]). § 556 Abſ. 1. Und zwar in dem Zuſtande, in welchem ſich die Sache durch vertragsmäßige Benutzung bei ſchuldiger Obhut befindet. Jetzt zeigt ſich — falls nicht bereits darüber Kontroverſen beſtanden[36]) — ob der Miether bei Behandlung der Sache ſeine Pflicht erfüllt hat. Dabei ſteht er nicht blos für ſeine Leute, ſondern auch für diejenigen ein, denen er den Gebrauch der Sache überlaſſen hatte[37]). Für zu vertretende Verſchlechterung oder Unmöglichkeit der Rückgabe iſt Schadenserſatz zu leiſten. Vgl. § 558.

---

6 Monaten ſeit Rückgabe der Miethſache oder Vollendung der Verjährung des Rückforderungsanſpruchs der Sache. § 558 BGB.

29) Empfangsbedürftige Erklärung der Mißbilligung und des Willens, die Vertragswidrigkeit nicht länger zu dulden — als Vorausſetzung der weiteren Schritte (ſowohl des § 550 als des § 553 BGB.). Vgl. Wendt in Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 80 ff.

30) Vollſtreckung nach § 890 CPO.

31) Ob dies der Fall, iſt nach den Umſtänden zu entſcheiden. Der § 553 BGB. gibt einige Beiſpiele.

32) S. o. Note 8 ff. — Der für die Zeit nach der Exmiſſion beſtimmte im Voraus gezahlte Miethzins iſt nach § 555 zurückzuerſtatten (mit Zinſen).

33) S. o. bei Note 17. Es handelt ſich um die geſchuldete Obhut der Sache auch bei im Uebrigen vertragsmäßigem Gebrauch. — In allen genannten Beziehungen hat der Miether auch das Thun ſeiner Untermiether ꝛc. zu vertreten. Das Exmiſſionsrecht richtet ſich nach § 556 Abſ. 3 auch direkt gegen die letzteren (Erklärnng an den Miether; thatſächliche Durchführung gegen den Inhaber der Sache!)

34) Auch hier iſt die Erheblichkeit Vorausſetzung des Exmiſſionsrechts. S. o. Note 31. Nicht die Erheblichkeit der Pflichtverletzung, ſondern des ſchädigenden Erfolgs kommt in Betracht.

35) Soweit er empfangen hatte. S. o. § 235 Note 2.

36) S. o. Ziff. 2.

37) S. o. Note 17. — Wegen der Beweispflicht des Miethers, wenn er behauptet, die Mängel ſeien ſchon bei Beginn der Miethzeit vorhanden geweſen, ſ. ſchon oben § 234 Note 55.

Hierzu ist zu bemerken:

a) Für die Zeit der verzögerten Rückgabe[38]) kann der Vermiether jedenfalls den bedungenen Miethzins weiter verlangen. Die Verzögerung wird wie eine Fortsetzung der Miethe behandelt[39]). So auch, wenn der Grund der Verzögerung vom Miether nicht zu vertreten ist[40]). Andernfalls[41]), und wenn ein höherer Schadensbetrag nachgewiesen werden kann, ist dieser einforderbar. § 557.

b) Einwendungen des Miethers gegen die Rückgabepflicht sind wie gegen alle anderen Ansprüche zulässig[42]), insbesondere auch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts[43]) wegen ersatzfähiger Verwendungen auf die Miethsache (§ 547). Dem Miether eines Grundstücks steht jedoch ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu[44]). § 556 Abs. 2.

c) Hatte der Miether den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen[45]), so kann der Vermiether die Sache geradeso wie gegen den Miether[46]) auch von dem Dritten zurückfordern[47]). § 556 Abs. 3[48]).

---

38) Verzug ist hierfür nicht erforderlich.

39) Zur Deckung der Fälle, da eine stillschweigende Verlängerung der Miethe (s. u. § 245) nicht anzunehmen ist. Vgl. schon Preuß. A.L.R. I Tit. 21 § 335. Die Zahlung des Miethzinses wird daher als Entschädigung des Vermiethers bezeichnet. Sie ist billigstes und zweifellos gerechtestes Entgelt der dem Herrn vorenthaltenen Benutzung der Miethsache.

40) S. Note 38.

41) Bei Verzug der Rückgabe kann der Vermiether keinesfalls (wie Cosack § 135 zu Note 45 annimmt) nach Stellung einer Nachfrist die verspätete Rückgabe der Miethsache zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern! Das hieße dem Miether die Miethsache zum Kauf aufhängen, und kann (als dem Wesen des Miethvertrags zuwider) nicht beabsichtigt sein. So auch Dernburg § 220 Ziff. III.

42 Z. B. daß er das Eigenthum der Miethsache erlangt habe, sei es vom Vermiether oder von einem Dritten, der zur Uebertragung desselben berechtigt war. Letzternfalls hat der Miether mindestens die Doluseinrede. So auch Oertmann § 556 Note 2c. Wenn Dernburg § 219 i. f. (zu Note 11) bei Grundstücken das Gegentheil aus § 556 Abs. 2 herleiten will, so ist dies unzutreffend; denn die Berufung auf eigenes Eigenthum ist verschieden vom Zurückbehaltungsrecht. — Ebenso wenn der Miether von vornherein Eigenthümer war und unwissend seine eigene Sache gemiethet hatte u. s. w.

43) S. o. Bd. I § 124.

44) Desgleichen nicht dem Miether eines Raumes im Sinne des § 580. — Hier stände Mittel und Zweck in einem Mißverhältniß. Der Vermiether ist durch sein gesetzliches Pfandrecht (s. u. § 244) hinreichend gedeckt.

45 Befugter oder unbefugter Weise. Darüber s. u. § 241.

46) Der Dritte kann sich also nicht darauf berufen, daß der Miether ihm gegenüber noch zur weiteren Ueberlassung der Sache verpflichtet sei. Vielmehr hat er zurückzugeben, wenn der Miether selbst zurückzugeben hätte. Er hat die Einwendungen aus dessen Person auch gegen den Vermiether (s. dazu Stammler, Die Einrede a. d. Recht eines Dritten 1900 in den Halle'schen Festgaben f. Dernburg). Daher muß dem Dritten auch die Endigung der Miethe gegenüber dem ersten Miether nachgewiesen werden. Der Dritte kann wegen er-

2. Weitere Verpflichtungen bei der Pacht.

§ 238.

a) Ueberhaupt.

Die oben erwähnten Regeln gelten im Allgemeinen auch bei der Pacht. § 581. Sie erfahren nur insofern eine Aenderung, als Gegenstand der Pacht auch ein Recht sein kann[1]). Hauptsächlich aber treten einige weitere Regeln hinzu, weil die Pacht nicht blos auf die Gewährung des Gebrauchs, sondern auch der Nutzungen des Pachtobjektes geht[2]).

1. Es tritt also hier ein Recht des Pächters auf Fruchtgenuß des Pachtobjektes hinzu. Auch diesen Fruchtgenuß resp. die Möglichkeit dazu hat der Verpächter dem Pächter nach Maßgabe der früheren Regeln zu gewähren[3]). Doch hat der Pächter dem Verpächter gegenüber[4]) kein Recht auf alle Früchte. Er darf den Gegenstand nicht aussaugen. Sein Fruchtgenuß ist nach § 581 auf die Früchte

---

satzfähiger Verwendungen (§ 547) die Mobilien zurückbehalten, gleichviel ob er selbst oder sein Autor die Verwendungen gemacht hat. Natürlich befreit ihn auch der Beweis des eigenen Eigenthums der Sache.

47) Der Anspruch ist obligatorisch — ein gegen den Dritten erstreckter Anspruch aus dem Miethvertrage. Die Erstreckung beruht auf der Billigkeit und auf sozialen Gründen. Durch die Uebernahme einer vermietheten Sache zum Gebrauch tritt der Uebernehmer der Sache kumulativ neben dem Miether in die Miethverpflichtung ein, soweit sie sich auf die Rückgabe der Sache bezieht. Beide haften in dieser Hinsicht als Gesammtschuldner. — Rechtskraft durch das Urtheil gegen den Miether und umgekehrt entsteht für den anderen Verpflichteten nicht (abgesehen von Ueberlassung nach der Rechtshängigkeit: § 325 CPO.). S. hierzu auch Romeick, Zur Technik des BGB. 2. Heft: Die abgeleitete Schuld (1902) bes. S. 14ff.

48) Vgl. überhaupt noch wegen der Räumungsklagen §§ 257, 721 CPO. Es ist eine angemessene Räumungsfrist zu gewähren. Näheres nach Art. 93 EG.CPO. und dem maßgebenden Landesrecht.

1) Z. B. Hinsichtlich der Ueberlassung des Pachtobjekts (§ 536). Falls nicht das Recht mit dem Besitze einer Sache verbunden ist (§ 433 Abs. 1 i. f.), wird eine Uebergabe kaum stattfinden. Die Gewährleistung für Sachmängel fällt regelmäßig hinweg u. s. w.

2) S. o. § 234 bes. Ziff 1.

3) Darin liegt für den Pächter das Recht, die Früchte zu ziehen und sich nach § 956 BGB. anzueignen. — Der Verpächter muß das Objekt in einem zur Fruchtziehung geeigneten Zustand erhalten. S. jedoch unten § 239 Ziff. 1.

4) Es handelt sich um eine obligatorische Verpflichtung des Pächters, deren Nichterfüllung ihn nach allgemeinen Grundsätzen schadenserſatzpflichtig macht. Der Verpächter hat wegen vertragswidriger Benutzung des Gegenstands die Rechte der §§ 550, 553 BGB (s. o. § 237 Ziff. 2). — Gegenüber Dritten gehören dem Pächter alle Früchte, die er zieht und sich nach § 956 aneignet. S. schon oben Bd. I § 69 Note 8.

beschränkt, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft als Ertrag[5]) anzusehen sind.

2. Hinsichtlich der Verpflichtung des Pächters zur Leistung des Pachtzinses gelten keine Besonderheiten. Die Klausel der Theilpacht ist schon erwähnt[6]). Wird der Fruchtertrag durch außerordentliche Unglücksfälle vernichtet, so hat der Pächter kein Recht auf Nachlaß am Pachtzinse[7]).

3. Gibt der Pächter den verpachteten Gegenstand am Schlusse der Pachtzeit nicht zurück, so hat er für die Dauer der Vorenthaltung den vereinbarten Pachtzins weiter zu entrichten[8]). Nur bestimmt sich hier der Betrag nach dem Verhältniß der Nutzungen, welche der Pächter während der Säumnißzeit aus der Pachtsache gezogen hat oder hätte ziehen können[9]), zu den Nutzungen eines ganzen Pachtjahrs. § 597. Denn da die Früchte oft nicht gleichmäßig im Jahre verfallen, hinge es sonst vom Zufall ab, was der Verpächter für die Säumnißzeit erhielte[10]). Es wird daher der Entschädigungsbetrag nicht einfach nach der Dauer der Vorenthaltung, sondern nach dem Rechnungsbetrag der auf diese Zeit entfallenden Nutzungen des Pachtgegenstandes bemessen. (Auch hier bleibt es dabei, daß auf Grund eines vom Pächter zu vertretenden Verhaltens und Nachweis eines höheren Schadens voller Ersatz des letzteren verlangt werden kann.)

§ 239.

b) Bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke und Landgüter.

Besondere Regeln hat das Gesetz in Ansehung der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke aufgestellt. Es handelt sich um Grundstücke, die dem Landbau, also der Erzeugung von Feldfrüchten, Obst

---

5) Nicht als (ausgesaugte) Substanz. — Auch auf zufällige Substanzablösungen, z. B. Windbrüche, hat danach der Pächter dem Verpächter gegenüber kein Recht. Bei der Pacht von Jagd und Fischerei sind Vorschriften zum Schutz des Thierbestands zu beobachten.

6) S. o. § 234 Ziff. 5. L. 25 § 6 Dig. locati 19, 2.

7) Im Gegensatz zum früheren Recht: l. 15 Dig. locati 19, 2; Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 478—596 Code Nap. Art. 1770 ff. Die Motive Bd. 2 S. 424 verweisen den Pächter auf den Weg der Versicherung. — Dagegen liegt in der Theilpacht das Moment der remissio mercedis bei Unglücksfällen ganz von selbst. S. Crome, Part. Rechtsgeschäfte (1897) S. 102.

8) Ohne Rücksicht auf Verzug und überhaupt schuldhafte Verzögerung der Rückgabe. S. § 557 BGB. u. oben § 237 Ziff. 3a.

9) S. o. Bd. I § 69 Note 17. Durch ordnungsmäßige Wirthschaft.

10) Z. B. es wäre für eine ertragslose Zeit die ganze Pachtrate zu bezahlen.

u. dgl. dienen[1]). Je nachdem das Grundstück zum selbständigen Betrieb der Landwirthschaft eingerichtet ist, redet man von einem Landgut[2]).

1. Bei solchen Grundstücken wäre die regelmäßige Verpflichtung des Verpächters, das Grundstück in einem zum vertragsmäßigen Gebrauch und Fruchtgenuß geeigneten Zustand zu erhalten[3]), zu hart. Vielmehr hat der Pächter die gewöhnlichen Ausbesserungen, insbesondere der Wohn- und Wirthschaftsgebäude, Wege, Gräben, Einfriedigungen ꝛc. auf seine Kosten zu bewirken[4]). § 582[5]).

2. Der Pächter hat den Pachtzins nicht vierteljährlich, sondern wenn er nach Jahren bemessen ist, auch nur alljährlich[6]) zu entrichten. § 584. Der Grund ist, daß der Pächter meist erst aus Verwerthung der gezogenen Früchte den Pachtzins erschwingt.

3. Die Benutzung des Pachtgegenstandes[7]) umfaßt hier auch die Fruchtziehung. Der Pächter ist im Allgemeinen befugt, diejenigen Früchte und Fruchtarten zu ziehen, welche er will[8]). Nur darf er nicht ohne Erlaubniß des Verpächters die wirthschaftliche Bestimmung des Grundstücks in einer Weise verändern[9]), die auf Bewirthschaftung des Grundstücks über die Pachtzeit hinaus von Einfluß ist[10]). § 583[11]).

---

1) Dient das Gut einem gemischten Betriebe, wie z. B. ein Landgut mit dem eine Gartenwirthschaft verbunden ist, so entscheidet der Hauptbetrieb (entsprechend oben § 61).

2) S. o. Bd. I § 60 Note zu 9. Zu dem Begriff gehören regelmäßig mehrere zur Landwirthschaft eingerichtete und zu einem wirthschaftlichen Ganzen verbundene Grundstücke. S. Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 262. — Einzelne Gesetzesbestimmungen beziehen sich nur auf Landgüter, so § 593, andere auf sämmtliche landwirthschaftlichen Grundstücke.

3) S. o. § 238 Note 3.

4) Im Gegensatz zu außerordentlichen Reparaturen, die z. B. durch Brand, Ueberschwemmung, Einsturz veranlaßt werden. — Die Pflicht des Pächters ergibt sich aus dem oben § 235 Note 21 entwickelten Prinzip. Aehnlich schon im älteren z. B. preuß. u. franz. Recht.

5) Bei Unterlassung hat der Verpächter die gewöhnlichen Rechte auf Schadensersatz, die Klage auf Vollzug, und bei erheblicher Gefährdung das Kündigungsrecht. S. o. § 237 Ziff. 2.

6) Am ersten Werktag des nächstfolgenden Pachtjahres. Im Uebrigen gelten die Ausführungen § 237 Ziff. 1.

7) Vgl. o. § 237 Ziff. 2.

8) Auch die Bebauungsart kann er verändern, Sommer- und Winterfrucht einsäen, mehrfachen Grasschnitt einführen ꝛc. Er kann auch im Allgemeinen die Bebauung unterlassen. Bei Theilpacht s. jedoch Crome a. a. O. S. 93.

9) Z. B. den Wald abholzen, die Felder in eine Gräberei verwandeln ꝛc. Vgl. entsprechend oben § 237 Note 26 ff.

10) Dies kann auch in Unterlassung der Bebauung liegen.

11) Bei Zuwiderhandlung kann der Pächter je nachdem Schadensersatz verlangen, auf Unterlassung klagen, und eventuell sofort kündigen. § 237 Ziff. 2.

4. Bei Rückgabe des Grundstücks am Ende der Pachtzeit[12]) ist auf die nächste Ernte, und überhaupt auf die weitere Ertragsfähigkeit des Grundstücks Rücksicht zu nehmen. Dasselbe ist daher in einem Zustande zurückzugewähren, wie er sich bei fortgesetzter ordnungsmäßiger Bewirthschaftung des Grundstücks[13]) vom Augenblick der Uebergabe bis zu der Rückgewähr[14]) ergibt. § 591.

a) Endigt die Pacht im Laufe einer Fruchtperiode, so muß der Pächter, wie seinerzeit bemerkt[15]), mit dem Grundstück auch die noch nicht getrennten Früchte zurückgeben (§ 101 BGB.), selbst wenn er die ganze Bestellungsarbeit geleistet hat[16]). Man wird die Pachtzeit daher vernünftigerweise mit den natürlichen Wirthschaftsperioden des Grundstücks in Uebereinstimmung setzen. Endigt die Pacht vorzeitig im Laufe des Pachtjahrs[17]), so hat der Pächter wegen der ordnungsmäßig vor dem Ablauf des Pachtjahrs zu trennenden Früchte Anspruch auf Ersatz der Kosten[18]), soweit der Aufwand einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht und innerhalb des Werthbetrags der Früchte[19]). § 592.

b) Handelt es sich um ein Landgut, so hat der Pächter von den bei Beendigung der Pacht vorhandenen[20]) landwirthschaftlichen Erzeugnissen[21]) soviel zurückzulassen, als zur Fortführung der Wirthschaft bis zu der Zeit erforderlich ist, da gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden können, — ohne Rücksicht

12) Vgl. o. § 237 Ziff. 3.

13) Also unter Umständen in verbessertem Zustande! — Was zur ordnungsmäßigen Bewirthschaftung gehört, kann dem Verpächter auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Aufwendungen wieder abgezogen werden. — Alles übrigens unter Vorbehalt abändernder Bestimmungen im Pachtvertrage.

14) Nicht blos bis zur Beendigung der Miethzeit. Verzögert sich die Rückgabe (s. o. § 237 Ziff. 3a, § 238 Ziff. 3), so ist die ordnungsmäßige Bewirthschaftung auch für die Zeit der Verzögerung fortzusetzen. Andernfalls macht sich der Pächter verantwortlich.

15) S. o. Bd. I § 70 Ziff. 1.

16) Er erhält dafür nach Note 13 keine Vergütung.

17) Z. B. durch Kündigung nach §§ 542, 553, 554 BGB. S. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 115ff.

18) Weil dem Pächter die betreffenden Nutzungen entzogen werden, kann er die Kosten als Aufwendungen beanspruchen (s. o. § 70 Note 12). Doch ist das Impensenrecht auf die Früchte zwiefach beschränkt (s. den Text).

19) Aus der Beschränkung auf diesen Maximalbetrag ergibt sich, daß der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen erst nach der Ernte durchführbar ist.

20) Also z. B. sogar von den abgeernteten Erzeugnissen. Diese gebühren ihm nicht, weil die Selbständigkeit der Bewirthschaftung des Landguts eine Verwendung der Vorräthe für die Zukunft des Gutes (Aussaat 2c.) erforderlich macht. Diese Erzeugnisse gehören nach Bd. I § 60 Note 9 zum Zubehör des Gutes.

21) Gleichviel ob sie auf dem Gute selbst gewonnen worden sind.

darauf, ob der Pächter seinerseits beim Antritte der Pacht solche Erzeugnisse vorfand. War dies nicht der Fall, so kann er vom Verpächter Ersatz des zurückgelassenen Mehrwerthes verlangen. Der vorhandene auf dem Gute gewonnene Dünger ist ohne Ersatz zurückzulassen. § 593[22]).

c) Ueber die Verpachtung eines Landguts nach Taxe s. u. § 240 Ziff. II. u. III.

§ 240.

c) Bei der Pacht eines Grundstücks mit Inventar und von Landgütern nach Taxe.

I. Landwirthschaftliche und andere Grundstücke sind häufig mit einem lebenden oder todten Inventar versehen[1]), das als solches mitverpachtet ist. Das Inventar ist eine Sachgesammtheit[2]), in Betreff deren hier besondere Grundsätze gelten.

1. Der einfachste Fall[3]) ist, daß das Inventar — genau so wie das Grundstück — im Eigenthum des Verpächters verbleibt. Zufälliger Abgang der einzelnen Stücke und zufällige Verschlechterung ist daher regelmäßig zu Lasten des Verpächters[4]); anderseits ist er aus dem Pachtvertrag verpflichtet, das Inventar im vertragsmäßigen Bestande zu erhalten: er hat daher den zufälligen Abgang zu ergänzen.

Anderseits macht sich der Gesichtspunkt, daß der Pächter als Korrelat der Nutzungsvortheile die gewöhnlichen Lasten zu tragen hat[5]), auch für das Inventar geltend. Er hat daher

a) die einzelnen Inventarstücke mit pflichtmäßiger Sorgfalt nicht nur zu verwahren und zu behandeln[6]), sondern auch zu erhalten[7]);

---

22) Eine Zweckmäßigkeitsvorschrift im Interesse der Landwirthschaft! Inwieweit die Erzeugnisse zur Fortführung der Wirthschaft erforderlich sind, hat nöthigenfalls der Verpächter zu beweisen; der Pächter die Voraussetzungen seines Ersatzanspruchs.

1) Das Inventar ist Zubehör des Grundstücks. — S. o. Bd. I § 60 zu Note 10. Beispiele daselbst Note 6—10. Auch das gewerbliche Inventar gehört hierher, z. B. das einer Brauerei, eines Theaters, einer Gastwirthschaft ꝛc.

2) S. o. Bd. I § 58 zu Note 8 ff.

3) Wenn auch nicht der gewöhnlichste! Diese Gestaltung ist wirthschaftlich nicht zweckmäßig. Der Pächter kann die Inventarstücke nicht veräußern und ist nicht genügend gedeckt, wenn Neuanschaffungen erforderlich werden.

4) Casum sentit dominus!

5) S. o. § 239 Note 4.

6) S. o. § 237 Ziff. 2.

7) Aehnlich wie nach § 547 Abs. 1 durch Fütterung ein einzelnes Thier. Hier treten noch Kurkosten, Reparaturen u. s. w. hinzu. — Bei Zuwiderhandlung hat der Verpächter die gewöhnlichen Rechte auf Schadensersatz, Unterlassung und Kündigung des Pachtverhältnisses nach § 553 BGB.

b) den unvermeidlichen gewöhnlichen Abgang des lebenden Inventars aus der Zuzucht zu ergänzen[8]), soweit dies den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht[9]). § 586.

2. Viel häufiger übernimmt der Pächter das Inventar zum Schätzungswerth mit der Verpflichtung, es bei Beendigung der Pacht zum Schätzungswerthe zurückzugeben[10]). §§ 587 ff. Diese Klausel kann einen verschiedenen Sinn haben. Sie kann so gemeint sein, daß durch die Abrede das Eigenthum der einzelnen Stücke auf den Pächter übergehen und am Ende der Pachtzeit nur die Schätzungssumme oder Stücke von gleichem Werth zurückgegeben werden sollen. Dies ist nicht die Auffassung unseres Gesetzes[11]). Nach ihm behält der Verpächter das Eigenthum der taxirten Stücke (das Geschäft bleibt Pacht auch hinsichtlich des Inventars): die Rückgabepflicht nach Taxe bewirkt nur, daß die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Inventarstücke auf den Pächter übergeht[12]). Daneben kann derselbe über die einzelnen Stücke innerhalb der Grenzen ordnungsmäßiger Wirthschaft verfügen[13]) und sie auch verbrauchen. § 588 Abs. 1.

a) Es muß also auch hier der Pächter das Inventar erhalten; aber im Ganzen[14]): in dem Zustande, wie es ihm einstens übergeben worden ist. Bei Abgang einzelner Stücke hat er für Ergänzung zu sorgen[15]). Alles nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft. Die vom Pächter angeschafften Stücke werden kraft Gesetzes mit der

---

8) Die Zuzucht gewinnt der Pächter als Frucht des Pachtobjekts.

9) Es handelt sich um eine persönliche Verpflichtung aus dem Pachtvertrage (Pflicht zur sog. Summission). S. schon Preuß. A.LR. I Tit. 21 § 453. — Durch Einstellung in das Inventar erwirbt der Verpächter (nach § 930 BGB.) das Eigenthum. Die nothwendige Vereinbarung liegt schon im Pachtvertrage.

10) Diese Absicht muß bei der Abschätzung vorhanden gewesen sein. Sonst greift der Text nicht Platz.

11) Es kommt also nur bei besonderer Verabredung der Parteien in Betracht. Dagegen war dies die Auffassung der Römer (aestimatio facit venditionem). Gemeinrechtlich sprach man hier auch von einer locatio-conductio irregularis.

12) Dies entspricht der älteren deutschen Rechtsauffassung, dem sog. Eisernviehvertrage. Partikularrechtliche Behandlung desselben s. im Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 474 ff.; Code Nap. Art. 1821 ff.; Sächs. GB. § 1209. Unser Gesetz behandelt den Fall nur im Anschluß an die Grundstückspacht und erstreckt die Regelung auf das todte Inventar. Einer analogen Ausdehnung dieser Bestimmungen auf einen selbständigen Eisernviehpachtvertrag dürfte aber kaum etwas entgegenstehen.

13) Er darf sie in diesem Rahmen veräußern ꝛc. und auch derelinquiren (fortwerfen). Vgl. Bd. I § 74 Note 16 ff. — Darüber hinaus fehlt die Verfügungsbefugniß (es gilt also oben § 84) und kann Unterschlagung vorliegen.

14) Die einzelnen Stücke, soweit kein Recht zu ihrer Beseitigung besteht.

15) Andernfalls hat der Verpächter die gewöhnlichen Rechte. S. o. Note 7.

Einverleibung in das Inventar Eigenthum des Verpächters[16]). Abs. 2. Dasselbe gilt von der Zuzucht, soweit der Pächter sie zur Ergänzung in das Inventar einstellt[17]).

b) Bei Beendigung der Pacht muß der Pächter das ganze vorhandene Inventar dem Verpächter als dem Eigenthümer zurückgewähren. Dabei findet wieder eine Abschätzung statt[18]). Ergibt sich nunmehr, daß der Gesammtschätzungswerth der zurückgegebenen Stücke geringer ist als der einstige Schätzungswerth, so muß der Pächter die Differenz zuzahlen[19]). Im umgekehrten Fall hat der Verpächter, der das gesammte Inventar in werthvollerem Bestande zurückerhält, dem Pächter den Mehrwerth zu vergüten[20]). § 589 Abs. 1 u. 3. Doch kann der Verpächter die Uebernahme neu angeschaffter Inventarstücke dann ablehnen, wenn sie nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft für das Grundstück[21]) überflüssig oder als zu werthvoll erscheinen. Mit der Ablehnung geht das Eigenthum der abgelehnten Stücke auf den Pächter über[22]). Abs. 2.

II. In ähnlicher Weise wie ein Inventar können bei der Pacht eines Landguts[23]) auch sonstige Vorräthe, die nach § 593 auf dem

16) Der Pächter ist, soweit die Ergänzung nothwendig wird, verpflichtet sie vorzunehmen und dem Verpächter Eigenthum an den Ergänzungsstücken zu verschaffen. Die Uebereignung an den Verpächter vollzieht sich kraft Gesetzes durch die Einverleibung. Dies entspricht dem Wortlaut des § 588 und dem Begriff des eisernen Bestandes (der sich beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen von selbst wieder ergänzt). — Auch wirthschaftliche Gründe sprechen für diese Konstruktion. An der Einverleibung sind z. B. die Hypothekengläubiger des Grundstücks interessirt. Die Uebereignung darf nicht von Geschäftsfähigkeit, Belieben ꝛc. des Pächters abhängig oder sonst anfechtbar sein. Zustimmend Dernburg § 228 Note 4. A. M. Oertmann § 588 Note 1 b. — Jedenfalls gehört zur Einverleibung, daß die Stücke auf das Pachtgut gebracht sind.

17) Dies setzt allerdings einen besonderen Willensakt des Pächters im Sinne von Note 9 oben voraus. Die Zuzucht ist größtentheils zu anderen Zwecken bestimmt (das Verbleiben beim Inventar ist Ausnahme).

18) S. darüber Motive Bd. 2 S. 437.

19) Nach dem Satze: „eisern Vieh stirbt nie"! Erweitert auf den eisernen Bestand überhaupt.

20) Dies ist die nothwendige Kehrseite des Satzes. Die Uebernahme und Vergütung kann nur in dem nachfolgenden Falle des Textes abgelehnt werden. — Der Pächter kann die ihm gebührende Vergütung auf die von ihm zu bewirkenden Leistungen verrechnen, die Mobilien (vgl. § 556 Abs. 2) zurückbehalten, eventuell auch die Vergütung selbständig einklagen.

21) Nicht blos für ihn selbst (vgl. o. Bd. I § 60 Note 10). Ursprünglich vorhanden gewesene Inventarstücke dürfen nicht abgelehnt werden.

22) Empfangsbedürftige Erklärung. Die Voraussetzungen hat nöthigenfalls der Verpächter zu beweisen. Mit der Erklärung geht kraft Gesetzes das Eigenthum auf den Pächter über (entsprechend oben Note 16). Der Uebergang wirkt aber nicht zurück (in der Zwischenzeit war der Verpächter Eigenthümer).

23) S. o. § 239 Note 2.

Landgut bleiben sollen[24]), nach Taxe übernommen werden. Es findet dann am Anfang der Pachtzeit eine Abschätzung der vorhandenen vom Pächter übernommenen landwirthschaftlichen Erzeugnisse[25]) statt, und am Ende der Pachtzeit eine solche derjenigen Erzeugnisse, die der Pächter zurückzulassen hat[26]). Der Mehr- oder Minderbetrag der beiden Schätzungen ist von der einen oder anderen Seite zu vergüten. § 594 Abs. 2.

III. Endlich kann sogar das gesammte Landgut auf Grund einer Schätzung seines wirthschaftlichen Zustandes verpachtet werden: also mit der Bestimmung, daß am Ende der Pachtzeit die Rückgabe gleichfalls nach Taxe zu erfolgen habe. In diesem Fall sind bei der Rückgabe des Pachtgutes die beiden Schätzungen zu vergleichen und (arg. § 589 Abs. 3) der etwaige Minderbetrag der letzten Schätzung vom Pächter zuzuzahlen, der etwaige Mehrbetrag vom Verpächter zu vergüten. Doch kann der letztere auch hier (nach Abs. 2 eod.) alles vom Pächter neu Angeschaffte[27]) ablehnen, wenn es nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft für das Landgut überflüssig oder zu werthvoll ist. § 594 Abs. 1.

C. Eintritt dritter Personen in das Verhältniß.

§ 241.

1. Abtretung des Gebrauchs durch Miether und Pächter. Untermiethe.*

Es liegt sehr nahe, daß der Miether und Pächter den Gebrauch resp. die Fruchtziehung des gemietheten Gegenstandes einem Anderen überläßt[1]). Es handelt sich dabei um eine Abtretung von Rechten

---

24) S. o. § 239 Ziff. 3b.

25) Einschließlich des Düngers. Die Bestimmung § 593 Abs. 3, daß er ersatzlos zurückzulassen sei, greift hier regelmäßig nicht Platz.

26) Also (arg. § 593) von soviel, als zur Fortführung der Wirthschaft bis zu dem Zeitpunkte erforderlich ist, da gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden können.

27) Dies wird sich hier auch auf Theile des Landguts selbst, also auf neu hinzuerworbene Parzellen beziehen, es sei denn, daß die Trennung aus wirthschaftlichen Rücksichten unthunlich ist. Solchenfalls trifft die im Text folgende Ausnahme ohne Weiteres zu. Zustimmend Dertmann § 594 lit. a.

*) Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897) S. 88 ff.; Kantorowicz, Die Lehre v. d. Untermiethe (1901).

1) Zum Zwecke der Vereinfachung wird hier im Folgenden immer nur von der Miethe und dem Miether ꝛc. die Rede sein. Soweit die Pacht nicht besonders erwähnt wird, gilt von ihr entsprechend dasselbe.

aus dem Miethvertrage, die an sich vollkommen zulässig ist[2]) und mit einer entsprechenden Abtretung der Pflichten keineswegs nothwendig oder auch nur von selbst verbunden ist[3]).

Der Miether kann aber auch das Miethobjekt als eine fremde Sache weitervermiethen[4]). So tritt die Untermiethe[5]) der Abtretung des Gebrauches gegenüber.

1. Beide Institute haben das gemeinsam, daß das Miethobjekt vom Miether zur Benutzung einem Dritten weitergegeben wird. Nur die Rechtsstellung des Dritten ist verschieden. Der Gebrauchscessionar ist Rechtsnachfolger des Miethers in dessen Rechten gegenüber dem Vermiether. Er erlangt daher durch die Abtretung direkte Rechte gegen den letzteren (z. B. auf Ueberlassung des Gebrauchs der Sache, Vornahme der erforderlichen Ausbesserungen und überhaupt auf Gewährleistung). Der Untermiether steht nur in einem Rechtsverhältniß zu seinem Vermiether. Er hat von diesem gemiethet und hat gegen ihn nur die gewöhnlichen Mietherrechte. Wird ihm die Sache vom ersten Vermiether entzogen, so kann er sich auf Gewährleistung nur an seinen Kontrahenten halten[6]).

a) Demgemäß ist es nicht unwichtig, im Einzelfalle festzustellen, ob Untermiethe oder Gebrauchsabtretung vorliegt. Die Entscheidung ergibt sich aus dem Rechtsgrunde der Ueberlassung[7]). Ist der Gebrauch vermiethet, so liegt Untermiethe vor; in allen anderen Fällen (also wenn der Gebrauch verkauft, verschenkt 2c. worden ist) Gebrauchscession[8]).

---

2) Abtretung des oben §§ 235, 238 Ziff. 1 erwähnten Gebrauchs- und Fruchtziehungsrechts. Dasselbe ist ein obligatorisches Recht — eine Forderung aus dem Miethvertrage. S. hinsichtlich der Abtretung die allgemeinen Regeln oben § 197 ff. insbes. § 198 Ziff. 1.

3) Zu letzterem wären die selbständigen Voraussetzungen der §§ 202 ff. oben erforderlich.

4) S. o. § 234 Ziff. 4 a.

5) Auch Aftermiethe, Afterpacht (sublocatio) genannt. Den Römern war die letztere Gestaltung allein bekannt, da bei ihnen die Abtretung der Forderungen noch kaum entwickelt war. Erst das neuere Recht hat die Gebrauchsabtretung daneben gestellt. Vgl. über die Untermiethe, die im röm. Recht allgemein zulässig war: l. 6 Cod. loc. 4, 65. Anders zum Theil schon Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 309 ff. Code Nap. Art. 1763 ff., Sächs. GB. § 1194 mit ähnlichen Schranken wie in unserem Gesetz.

6) Anderseits hat die Untermiethe auch Vorzüge. Sie gewährt dem Untervermiether unter Umständen das gesetzliche Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Untermiethers, im Gegensatz zur bloßen Abtretung des Miethgebrauchs.

7) Im Sinne von Bd. I § 74 i. f.

8) Die in der Cession liegende Verfügung (Zuwendung) setzt eine causa: eine entgeltliche oder unentgeltliche Art der Uebertragung voraus.

b) Da hiernach der Gebrauch auch unentgeltlich einem Dritten überlassen werden kann, so ist dieser Akt schließlich von der Aufnahme von Gästen, Annahme von Gehülfen und Dienstboten des Miethers, denen die Sache gelegentlich auch überlassen wird, zu unterscheiden. Dies ist keine Gebrauchscession. Entweder die Ueberlassung gehört zum eigenen vertragsmäßigen Gebrauch des Miethers[9]) oder sie fällt gar nicht in den Bereich der Rechtssphäre[10]).

2. Diese Begriffsbestimmung ist nothwendig, weil das Gesetz die Untermiethe und Gebrauchsabtretung keineswegs dem freien Belieben des Miethers anheimgibt. Die Miethe ist ein Vertrauensverhältniß gerade in Ansehung der Person, welcher der Gegenstand überlassen wird[11]). Nicht Jedem gegenüber würde der Vermiether sich dazu verstehen. Es wird daher die Untermiethe und Gebrauchsabtretung gleichmäßig, falls nicht ein Anderes bedungen ist[12]), von der Erlaubniß des Vermiethers abhängig gemacht. Die Erlaubniß ist einseitige empfangsbedürftige Erklärung[13]) des Vermiethers[14]) und bedarf zu ihrer Gültigkeit nicht der Formen des Miethvertrages[15]). Sie kann auf Ueberlassung des Gebrauchs an eine einzelne oder einen bestimmten Kreis von Personen beschränkt sein.

a) Wird die Miethsache unbefugt einem Dritten überlassen, so liegt darin ein vertragswidriger Gebrauch des Miethers, der den Vermiether nach allgemeinen Grundsätzen zu Schadensersatz, der Unterlassungsklage und eventuell sofortiger Kündigung berechtigt[16]). Daß die Miethsache in diesem Falle vom Dritten unmittelbar zurückgefordert werden kann, ist schon erwähnt[17]).

9) Derselbe kann das Haus oder Landgut standesmäßig oder zur gehörigen Bewirthschaftung nur mit geeignetem Dienstpersonal ꝛc. benutzen. Die Aufnahme dieser Leute versteht sich also von selbst.

10) So z. B. die Aufnahme von Gästen, Familiengliedern u. dgl. S. o. § 141 zu Note 12 ff. Anders bei Annahme eines Schlafburschen, selbst wenn sie nur gelegentlich geschieht.

11) Daher spricht man im Leben davon, daß man einen guten Miether oder Pächter habe! — Aus dem gesetzlichen Abtretungsverbot folgt auch ein Pfändungsverbot. § 851 CPO.

12) Auch indirekt, z. B. nach Maßgabe Ortssitte. — Die Untermiethe ꝛc. kann vertraglich auch ganz verboten sein. Dann ist sie nicht blos bei „wichtigen Gründen" in der Person des Dritten (s. u.) ausgeschlossen.

13) Um so mehr genügt eine Vertragsklausel. Ja letztere kann nach den Umständen stillschweigend selbstverständlicher Vertragsinhalt sein. S. ein Beispiel Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 354.

14) Daher ist sie auch, wenn einmal ertheilt, unwiderruflich, sofern sie nicht wegen Irrthums, Betrugs ꝛc. nach allgemeinen Grundsätzen angefochten werden kann.

15) Zustimmend Oertmann § 549 Note 3 i. f. Im Gegensatz zu der auf Grund der Erlaubniß erfolgenden Untervermiethung.

16) S. §§ 550, 553 BGB. u. oben § 237 Ziff. 2.

darauf, ob der Pächter seinerseits beim Antritte der Pacht solche Erzeugnisse vorfand. War dies nicht der Fall, so kann er vom Verpächter Ersatz des zurückgelassenen Mehrwerthes verlangen. Der vorhandene auf dem Gute gewonnene Dünger ist ohne Ersatz zurückzulassen. § 593[22]).

c) Ueber die Verpachtung eines Landguts nach Taxe s. u. § 240 Ziff. II. u. III.

§ 240.

c) Bei der Pacht eines Grundstücks mit Inventar und von Landgütern nach Taxe.

I. Landwirthschaftliche und andere Grundstücke sind häufig mit einem lebenden oder todten Inventar versehen[1]), das als solches mitverpachtet ist. Das Inventar ist eine Sachgesammtheit[2]), in Betreff deren hier besondere Grundsätze gelten.

1. Der einfachste Fall[3]) ist, daß das Inventar — genau so wie das Grundstück — im Eigenthum des Verpächters verbleibt. Zufälliger Abgang der einzelnen Stücke und zufällige Verschlechterung ist daher regelmäßig zu Lasten des Verpächters[4]); anderseits ist er aus dem Pachtvertrag verpflichtet, das Inventar im vertragsmäßigen Bestande zu erhalten: er hat daher den zufälligen Abgang zu ergänzen.

Anderseits macht sich der Gesichtspunkt, daß der Pächter als Korrelat der Nutzungsvortheile die gewöhnlichen Lasten zu tragen hat[5]), auch für das Inventar geltend. Er hat daher

a) die einzelnen Inventarstücke mit pflichtmäßiger Sorgfalt nicht nur zu verwahren und zu behandeln[6]), sondern auch zu erhalten[7]);

---

22) Eine Zweckmäßigkeitsvorschrift im Interesse der Landwirthschaft! Inwieweit die Erzeugnisse zur Fortführung der Wirthschaft erforderlich sind, hat nöthigenfalls der Verpächter zu beweisen; der Pächter die Voraussetzungen seines Ersatzanspruchs.

1) Das Inventar ist Zubehör des Grundstücks. — S. o. Bd. I § 60 zu Note 10. Beispiele daselbst Note 6—10. Auch das gewerbliche Inventar gehört hierher, z. B. das einer Brauerei, eines Theaters, einer Gastwirthschaft ꝛc.

2) S. o. Bd. I § 58 zu Note 8ff.

3) Wenn auch nicht der gewöhnlichste! Diese Gestaltung ist wirthschaftlich nicht zweckmäßig. Der Pächter kann die Inventarstücke nicht veräußern und ist nicht genügend gedeckt, wenn Neuanschaffungen erforderlich werden.

4) Casum sentit dominus!

5) S. o. § 239 Note 4.

6) S. o. § 237 Ziff. 2.

7) Aehnlich wie nach § 547 Abs. 1 durch Fütterung ein einzelnes Thier. Hier treten noch Kurkosten, Reparaturen u. s. w. hinzu. — Bei Zuwiderhandlung hat der Verpächter die gewöhnlichen Rechte auf Schadensersatz, Unterlassung und Kündigung des Pachtverhältnisses nach § 553 BGB.

2. Veräußerung und Belastung der Miethsache*.

§ 242.

a) Die maßgebenden Grundsätze.

Wenn das Mieth- oder Pachtobjekt[1]) vom Herrn veräußert wird, so hebt dies den Vertrag zwischen dem Miether und Vermiether nicht auf. Es tritt nur dadurch unter Umständen für den Vermiether die Unmöglichkeit der ferneren Gebrauchsgewährung (also seiner vertragsmäßigen Leistung) ein[2]). Der Erwerber des Gegenstandes ist nach allgemeinen Grundsätzen an den Vertrag nicht gebunden[3]).

Dieser Zustand ist unerquicklich. Er begünstigt den Vertragsbruch[4]) und schädigt die wichtigsten sozialen Interessen[5]), jedenfalls dann, wenn die Sache dem Miether bereits zum Gebrauche überlassen war[6]). Heutzutage, wo die halbe Welt zur Miethe wohnt und die wichtigsten gewerblichen Betriebe in gemietheten Räumen stattfinden, bedarf der Miether eines Schutzes gegen willkürliche Austreibung seitens des neuen Herrn. War der Miether noch gar nicht mit der Sache in Berührung gekommen, so mag der Kontraktbruch durch Geldentschädigung gesühnt werden, falls sich der Miether nicht anderweit gesichert hat[7]).

*) Crome, Die juristische Natur der Miethe nach d. BGB. (1896), auch in Ihering's Jahrb. Bd. 37 S. 1; Schollmeyer S. 51 ff.; Rönnberg, Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 78 ff.; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 424 ff.; Romeick, Zur Technik des BGB. 2. Heft: Die abgeleitete Schuld (1902).

1) Der Vereinfachung halber reden wir im Allgemeinen nur von der Miethe. S. § 241 Note 1. Bei Immobilien auch meist nur von Grundstücken (§ 571 BGB.) schlechtweg; nicht auch von Räumen, die nach § 580 den Grundstücken gleichstehen.

2) Und zwar eine von ihm zu vertretende Unmöglichkeit, insofern die Veräußerung auf seiner freien Entschließung beruht. Daher haftet der Vermiether regelmäßig auf Schadensersatz.

3) Dies war der Standpunkt des röm. Rechts (vgl. l. 12. 18 pr. Dig. de vi 43, 16; Ziebarth, Realexekution u. Obligation S. 126 ff.). In der gemeinen Praxis versuchte man allerlei Abmilderungen. Vgl. Fischer, Soll Kauf Pacht und Miethe brechen? (1888).

4) Daher sagt man: „Kauf bricht Miethe". Der Ausdruck ist vom Kontraktbruch zu verstehen; denn der Miethvertrag an sich besteht fort und erzeugt eine Entschädigungsforderung (s. o.).

5) Diese traten im röm. Rechte weniger hervor, da dort nur geringe Leute zur Miethe wohnten.

6) Hieran haben die meisten modernen Rechte angeknüpft. So das Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 2 ff., indem es von diesem Augenblicke an dem Miether ein dingliches Recht gab (s. Crome a. a. O. S. 5 ff. u. Cit.) und der Code Nap. Art. 1793 ohne diese Verirrung (s. das. S. 9).

7) Dies kann er z. B., indem er sich beim Vertragsabschluß die Ueber-

1. Aus dem Grundgedanken ergibt sich, daß die Ueberlassung hier nur als Besitzübergabe in Betracht kommt. Der Pächter eines Rechts oder der Miether, der überhaupt keinen Besitz erlangt[8]), genießen den besprochenen Schutz nicht. Werden sie in Folge Veräußerung des Gegenstands ihres Gebrauches entsetzt, so können sie sich nur auf Entschädigung an den Vertragsgegner halten. Ebenso regelmäßig jeder Miether vor erfolgter Einräumung des Miethbesitzes[9]).

2. Bei Mobilien macht sich der hier geforderte Schutz des Miethers sehr einfach. Das heutige Sachenrecht gibt dem Erwerber der Miethsache nicht mehr die unbegrenzte Durchführung seines Eigenthumsanspruchs frei[10]), sowenig wie einem nichtbesitzenden Eigenthümer überhaupt[11]). Der Miether, der sich im Besitz der Sache befindet, hat eine stärkere Rechtsstellung als der Eigenthümer, der sie ohne Besitzübergabe[12]) vom Vermiether erwarb. Will der neue Eigenthümer solchenfalls dem Miether die Sache mit Rücksicht auf sein Eigenthumsrecht abfordern, so steht ihm die Einwendung des Miethrechts geradeso entgegen, wie seinem Cedenten (dem Vermiether). § 986 Abs. 2[13]).

3. Bei Immobilien (Grundstücken, Wohnräumen und anderen Räumen) stellt unser Gesetz[14]) den Grundsatz auf: „Kauf bricht nicht Miethe" (§§ 571 ff., 579, 580), indem es die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Miethverhältniß an den Erwerb des Miethgrundstücks anknüpft[15]), sodaß der Miether gegenüber dem jeweiligen Eigen-

lieferung der Miethsache unter Vertragsstrafe ausbedingt. Bei Immobilien kann er dann den Anspruch auf die Vertragsstrafe durch Sicherungshypothek auf das Grundstück eintragen lassen. S. Crome a. a. O. S. 33.

8) S. o. § 235 Note 2.

9) Arg. §§ 571, 986 Abs. 2 BGB. u. a contr. § 578.

10) Wie dies im röm. Recht der Fall war (ubi rem meam invenio ibi vindico). Das allgemeine Prinzip der Beschränkung ist im Sachenrecht auszuführen. Jedenfalls ist die Klage des Erwerbers der Miethsache die Vindikation (§§ 986 ff. BGB.). Er zieht gegen den Miether die Konsequenzen seines Eigenthumsrechts.

11) Dies beruht auf der erhöhten Bedeutung, die der Besitz im Mobiliarsachenrecht überhaupt hat. S. darüber im Hinblick auf die vorliegende Frage Crome a. a. O. S. 60—76.

12) Also nach § 931 BGB.

13) Entsprechend dem allgemeinen Grundsatz § 404 BGB. S. o. § 200 Ziff. II. Einer besonderen Vorschrift im Miethrecht bedurfte es hierneben nicht.

14) Nach mehrfachen Schwankungen. S. Crome a. a. O. S. 10 ff.

15) Entsprechend bei Belastung des Miethgrundstücks an den Erwerb des betreffenden dinglichen Rechts, sodaß dessen Inhaber die Vermietherrechte hat. — Im Falle der Belastung wird die Frage übrigens nur praktisch, wenn durch die Ausübung des dinglichen Rechts der vertragsmäßige Gebrauch des Miethers beeinträchtigt wird (was z. B. bei einer Belastung mit Hypothek regelmäßig nicht der Fall ist). S. § 577 BGB. — Daß der Erwerb

thümer dieses Grundstücks nach dem Miethvertrage berechtigt und verpflichtet wird. Umgekehrt hat der Eigenthümer die entsprechenden Rechte gegenüber dem Miether[16]). Voraussetzung dieser Gestaltung ist nur, daß die Miethe zur Zeit der Veräußerung oder Belastung der Miethsache schon bestand — was gegenüber Dritten in unzweifelhafter Weise hervortreten (erkennbar sein) muß. Dazu dient und genügt die einmal erfolgte Gebrauchsüberlassung an den Miether (§ 571). Hier deckt sich das rechtliche und wirthschaftliche Bedürfniß! Durch die Ueberlassung erlangt der Miethvertrag ein sicheres Datum gegen Dritte: den Erwerber des Grundstücks[17]). Zugleich werden die wirthschaftlichen Interessen des Miethers geschützt, der sich schon auf dem Grundstück einrichtet[18]).

---

des Grundstücks stets ein rechtsgeschäftlicher sein müsse, behauptet Romeick S. 78 ff. Dagegen Dernburg § 223 Note 1; Hellwig S. 435. Die ausdehnende Auslegung des § 571 BGB. in dieser Beziehung ist berechtigt.

16) S. über diese Konstruktion bereits im Zusammenhang oben § 138 Note 23 ff. Sie ist die geschichtlich gegebene; es ist erwiesen, daß die Redaktoren sie zu Grunde legten (vgl. Prot. Bd. 2 S. 139 ff., 143, 149, 153) und sie steht mit den Vorschriften des Gesetzes im Einklang. Zustimmend Schollmeyer S. 51; Dernburg § 222; Planck, Oertmann zu § 571 und viele Andere. A. M. Romeick (für abgeleitete Schuld). Indeß sein Hauptgrund (oben Note 15 i. f.) ist bestritten. Wäre er aber auch zutreffend, so kann doch (s. § 138 Note 23) der „Zustand" ein auf Rechtsgeschäft beruhender sein. Ueberdies definirt Romeick seine „abgeleitete Schuld" S. 28 als eine neben die ursprüngliche Beziehung des Miethverhältnisses gelagerte. Dies ist in § 556 Abs. 3 BGB. (s. o. § 239 Note 47), nicht aber hier der Fall. Nach § 571 Abs. 2 wird der Miether befreit. Dies widerspricht auch der Theorie Hellwig's S. 427 ff.: das Miethverhältniß bleibe zwischen den ursprünglichen Parteien bestehen, und es gingen nur einzelne Rechte und Pflichten über. S. auch u. § 243 Note 47. — Irrig ist die Annahme einer gesetzlichen Abtretung der Vermietherrechte und Pflichten (Cession und Schuldübernahme). Denn der Erwerber der Sache ist keineswegs an alle Rechtshandlungen des ursprünglichen Vermiethers gebunden (§§ 573 ff. BGB.). — Gegen die Theorie der Dinglichkeit des Miethrechts s. schon oben § 234 Note 5.

Selbstredend tritt der neue Erwerber der Sache im Allgemeinen in das Miethverhältniß so ein, wie es sich im Moment des Eintritts beim Vermiether gestaltet hatte (also mit den zwischenzeitlichen Veränderungen). Näheres unten.

17) Zur Verhinderung einer Schädigung des Erwerbers der Miethsache durch Vordatirung des Miethvertrags (als habe letzterer zur Zeit des Erwerbs der Miethsache schon bestanden).

18) Entweder schon damit begonnen hat oder im Begriffe steht, sich auf dem Grundstück einzurichten. Es muß mindestens das Grundstück zum unmittelbaren Einzug des Miethers bereitgestellt sein. Bei verschlossenen Grundstücken wird dazu auch wohl Schlüsselübergabe gehören. Nach § 854 Abs. 2 BGB. wird die Bereitstellung meist schon der Besitzübergabe gleichkommen. Romeick S. 62 ff. hatte also keinen Grund, zu schließen, ich wolle das Gegentheil sagen. Meine Beweisführung in Jhering's Jahrb. Bd. 37 S. 34 ff. bezog sich auf andere Dinge: es ist nicht erforderlich, daß von der Ueberlassung der Sache ab der Miether im Besitze bleibt. Dieser Ausführung haben sich angeschlossen Dernburg § 223 I Ziff. 2; Kohler, Ztschr. f. bürg. Recht Bd. 18 S. 109. Der Besitz wird vom Gesetz hier nicht als Publizitätsmittel aufgestellt, und der Wortlaut des § 571 ist klar (man wollte sogar die alte Streitfrage durch präzise Fassung des Gesetzes erledigen). A. M. Hellwig S. 424

Selbstverständlich muß der Miether auch einen schriftlichen Miethvertrag für sich haben: sonst kann ihm zum (resp. nach) Schluß des ersten Miethsjahrs gekündigt werden[19]). § 566 BGB.

a) Die vorstehenden Regeln sind nicht ausschließlich. Das Gesetz läßt zu, daß auch vor Ueberlassung des Grundstücks an den Miether der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" in einem gegebenen Falle vertragsmäßig eingeführt wird. § 578. Und zwar bedarf es dazu nur einer Vereinbarung des Vermiethers mit dem Grundstückserwerber[20]). Die Uebernahme der Verpflichtung, die Miethe zu halten, gegenüber dem Vermiether, wirkt kraft Gesetzes auch zu Gunsten des Miethers: wie wenn ihm der Miethgebrauch zur Zeit der Verfügung über das Grundstück schon überlassen wäre[21]).

b) Umgekehrt ist der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" auch nach der Ueberlassung der Sache an den Miether nicht zwingend. Er kann im Miethvertrage ausgeschlossen werden[22]). Dann hat der Miether bei der Austreibung nicht einmal Schadensersatzansprüche[23]).

§ 243.

b) Der Grundsatz: „Kauf bricht nicht Miethe" bei Immobilien im Einzelnen.

I. In Folge des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe" (§§ 571, 578 BGB.) tritt der Erwerber der Miethsache[1]) kraft Gesetzes[2]) an Stelle des Vermiethers in die sich während der Dauer seines

---

mit treffenden Bemerkungen gegen Planck, sonst aber nicht überzeugend. S. dagegen jetzt auch Romeick S. 61 ff., 68 ff.

19) S. §§ 566 i. f., 564 Abs. 2, 565 BGB. Mit Beobachtung der gewöhnlichen Kündigungsfrist.

20) Dem Erwerber des Eigenthums oder der in Note 15 besprochenen dinglichen Rechte am Grundstück.

21) Also nach Anleitung des § 571 Abs. 1 BGB. und dessen Konstruktion, — nicht nach den Regeln eines Vertrags zu Gunsten Dritter. Unser Institut ist ein einheitliches. S. auch Crome a. a. O. S. 39 ff.; Oertmann § 578 Note 2; Dernburg § 224 Ziff. III.

22) Auch diese Klausel kann wirthschaftliche Gründe haben, z. B. wenn der Vermiether unter Umständen nothwendig Geld braucht und deshalb verkaufen muß. Mancher miethet das Haus lieber unter der Klausel, als daß er es gar nicht erhält. — S. noch § 243 Note 2.

23) Oder nur bestimmte bedungene Rechte, z. B. auf Umzugskosten oder eine dafür vorgesehene feste Summe.

1) S. o. § 242 Note 1 u. 15. Aeußerstenfalls (nach § 928 BGB.) ist auch der Fiskus der Erwerber.

2) Eine entgegengesetzte Vereinbarung zwischen Vermiether und Erwerber ist dem Miether gegenüber unwirksam, falls er nicht zustimmt (was er auch nachträglich kann).

Eigenthums aus der Miethe ergebenden Rechte und Pflichten ein. § 571 Abs. 1. Der Eintritt erfolgt mit dem Eigenthumserwerb des Dritten[3]), gleichgültig aus welchem Grunde er erwarb (Kauf, Schenkung ꝛc.). Nur bei unfreiwilligen Uebertragungen (auf Grund einer Zwangsversteigerung oder im Konkurse) gelten besondere Grundsätze. S. u. Ziff. II u. III.

1. Der Eintritt in die Vermietherstellung bedeutet, daß vom Moment des Eigenthumsübergangs ab der Vermiether aus dem Miethverhältniß ausscheidet und der Erwerber in dasselbe eintritt. Selbstverständlich bezieht sich dies nur auf das Miethverhältniß nach seinem dermaligen rechtlichen Bestande, also mit allen Veränderungen, die es möglicherweise inzwischen erlitten hat[4]). Es bezieht sich auch nur auf die sich daraus vom Moment des Eigenthumswechsels an[5]) ergebenden einzelnen Rechte und Pflichten: der Erwerber hat also weder für Rückstände seines Vorgängers aufzukommen[6]), noch auf solche (z. B. auf den Miethzins für die frühere Zeit) Anspruch[7]). Aber für die Zukunft kann sich der Miether grundsätzlich nur an den Erwerber halten und nur von diesem belangt werden[8]).

Immerhin war dieser Grundsatz nicht unbeschränkt durchführbar.

a) Der Uebergang der Vermietherpflichten auf den Erwerber des Grundstücks führt nicht sofort die völlige Entlastung des bisherigen Vermiethers herbei. Denn jeder Schuldnerwechsel hat für den Gläubiger etwas Mißliches, und soll daher nicht über seinen Kopf

3) Also mit Auflassung und Eintragung zum Grundbuch. § 873 BGB.

4) Z. B. durch spätere Verabredungen des Miethers mit dem Vermiether nach Abschluß des Miethvertrages; es sei denn, daß eine Kollusion gegenüber dem Erwerber vorliegt. Solchenfalls kann sich der Miether auf die Klauseln auch dem Erwerber gegenüber nicht berufen. Dernburg § 228 I Ziff. 3; Hellwig, Rechtskraft S. 243 Note 6.

5) Bei Weiterveräußerung des Grundstücks tritt nach § 579 BGB. der neue Erwerber entsprechend an die Stelle. S. u. Ziff. 3.

6) Nur ist zu beachten, daß die Nichterfüllung der Vermietherleistungen häufig Verpflichtungen des Nachfolgers erzeugt. Z. B. eine unterlassene Ausbesserung des Hauses ist nicht in dem Sinne erledigt, daß der Erwerber den Miether wegen dieses „Rückstands" an seinen Vorgänger verweisen könnte; sondern er muß die Reparatur selbst vornehmen, da er von nun an den vertragsmäßigen Gebrauch zu gewähren hat. Aber z. B. für einen verwirkten Schadensersatz bleibt der Vorgänger ausschließlich haftbar.

7) Erfolgt die Veräußerung in einer Miethzinsperiode, so hat der Erwerber den demnächst fälligen Miethzins einzuziehen. Vertheilung nach Bd. I § 70.

8) Der Erwerber hat jetzt die aus vertragswidrigem Gebrauch des Miethers ꝛc. entspringenden Schadensersatz- und Kündigungsrechte (s. o. § 237). Er tritt sogar nach Maßgabe des § 572 BGB. in die Rechtsstellung des Vermiethers an einer vom Miether für gehörige Vertragserfüllung geleisteten Sicherheit ein. Kündigung des Miethers hat an den neuen Eigenthümer zu erfolgen (irrig Rönnberg S. 78 ff.).

hinweg geschehen[9]). Zwar bleibt der bisherige Eigenthümer hier nicht Vermiether[10]); doch haftet er, wenn der Erwerber die Vermietherpflichten nicht erfüllt, für den etwaigen Schadensersatz als Bürge[11]). Anderseits kann er sich von dieser Haftung befreien, indem er dem Miether von dem Eigenthumswechsel Mittheilung macht[12]). Wenn dann der Miether das Verhältniß nicht zum ersten zulässigen[13]) Termin kündigt[14]), so wird der frühere Vermiether von der Bürgschaft befreit. § 571 Abs. 2.

b) Wie der Erwerber nicht den Miethzins fordern kann, der aus der Zeit vor dem erfolgten Eigenthumsübergang des Grundstücks rückständig ist[15]), so ist er anderseits auch nicht gebunden durch Vereinbarungen des Miethers mit dem früheren Vermiether, die sich auf den Miethzins für die Zeit nach dem Eigenthumswechsel beziehen[16]). Derartige Geschäfte sind, wenn auch vor dem Eigenthumswechsel[17]) geschlossen, doch dem Erwerber des Grundstücks gegenüber unwirksam. Jedoch mit folgenden Einschränkungen:

α. Eine Verfügung[18]), die der ehemalige Vermiether vor dem Eigenthumsübergang über den nach dieser Zeit verfallenden Miethzins getroffen hat, ist gegen den Erwerber insoweit wirksam, als sie sich auf das zur Zeit des Eigenthumsübergangs laufende und das darauf folgende Kalendervierteljahr bezieht[19]). Und selbst darüber

9) Daher z. B. keine Schuldübernahme ohne Zustimmung des Gläubigers. S. o. §§ 202 ff.

10) Er bleibt weder Hauptschuldner noch haftet er mit dem Erwerber des Grundstücks zusammen als Mit- oder Gesammtschuldner (wie z. B. in § 419 BGB.).

11) Und zwar wie ein solcher, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. S. § 773 Ziff. 1 BGB. u. unten § 296 Ziff. 3. Der Ausdruck: „wie" ist sprachlich durch den Nachsatz bedingt. Der ursprüngliche Vermiether hat kraft Gesetzes Bürgenstellung.

12) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. Selbstverständlich unter Angabe des Erwerbers, damit der Miether sich über dessen Persönlichkeit erkundigen kann.

13) Ein besonderes Kündigungsrecht wegen der Veräußerung besteht nicht.

14) Selbstverständlich ordnungsmäßig, z. B. unter Einhaltung der gehörigen Kündigungsfrist.

15) S. o. bei Note 7.

16) Denn der Erwerber ist nicht Rechtsnachfolger des ursprünglichen Vermiethers. S. o. § 242 Note 16. Der Satz: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet findet hier sowenig wie in den Fällen Bd. I § 63 Note 18 u. 21 Anwendung.

17) Und selbstverständlich ohne Dolus!

18) Z. B. Abtretung, Verpfändung der Miethzinsforderung ꝛc. — Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht auch hier eine solche gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung wider den Vermiether erfolgt. Arg. § 135 Abs. 1 BGB.

19) Solche Verfügungen sind im Verkehr nicht ungewöhnlich. — Zu beachten

hinaus, soweit der Erwerber zur Zeit des Eigenthumsübergangs von der Verfügung Kenntniß hatte[20]). § 573.

β. Geschäfte, die der frühere Vermiether[21]) mit dem Miether vor dem Eigenthumsübergang über den künftigen Miethzins geschlossen hat[22]), sind dem Erwerber gegenüber wirksam, soweit sie sich nicht auf eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr, in welchem der Miether von dem Eigenthumsübergang Kenntniß erlangt[23]), und auf das folgende Vierteljahr beziehen. Ja selbst wenn das Geschäft erst nach vollzogenem Eigenthumswechsel geschlossen wurde[24]), kann der Miether es dem Erwerber im obigen Umfang[25]) entgegensetzen, wenn er zur Zeit der Vornahme des Geschäfts von dem Eigenthumswechsel keine Kenntniß hatte. § 574.

Der Erwerber, der das Geschäft nicht gegen sich gelten lassen will, muß den Beweis der Kenntniß des Miethers führen.

7. Soweit der Miether sich hiernach dem Erwerber gegenüber auf die Zahlung des Miethzinses an den ursprünglichen Vermiether berufen kann[26]), darf er gegen die Miethzinsforderung des Erwerbers auch eine Forderung[27]) aufrechnen, die ihm gegen den früheren Vermiether zusteht[28]). Und war selbst dann, wenn er die Forderung

---

ist, daß sich die Vorschrift nur auf das Verhältniß des Miethers zum Erwerber bezieht. Zwischen dem Veräußerer und Erwerber entscheidet der Inhalt des der Veräußerung zu Grunde liegenden Geschäfts (z. B. oben § 214).

20) Dann ist er dadurch nicht geschädigt. — Fahrlässige Unkenntniß genügt nicht.

21) Oder dessen Cessionar. Planck § 474 Note 2; Oertmann Note 5.

22) Z. B. Zahlungsannahme, Erlaß ꝛc. Obschon darin auch eine Verfügung über den Miethzins (im Sinne von lit. α) liegen kann. Durch § 574 wird der Schutz des Miethers noch erhöht. Soweit § 573 daneben paßt, ist auch dieser anwendbar. S. auch Oertmann § 574 Note 1c.

23) Nicht blos für die Quartale zur Zeit des wirklich erfolgten Eigenthumsübergangs! Der Miether kann sich noch auf seinen späteren guten Glauben berufen. S. auch weiter im Text.

24) Nach lit. α (§ 573) wäre es dann dem Erwerber gegenüber jedenfalls unwirksam. Gleichwohl soll sich der gutgläubige Miether (aus ähnlichen Gründen wie nach § 407 BGB. ein cedirter Schuldner) dem neuen Gläubiger gegenüber darauf berufen können.

25) Also nicht über die Zeit der zwei Quartale seit der Kenntnißerlangung hinaus. § 574 S. 2 empfängt seinen näheren Inhalt aus Satz 1. Ein Miether, der sich auf ein Geschäft für längere Zeit einläßt, thut dies auf seine Gefahr.

26) S. o. lit. β. — Also für einen Betrag des Miethzinses bis einschließlich der zwei Quartale zur Zeit der Kenntnißerlangung vom Eigenthumsübergang.

27) Jeder Art! Nicht blos eine Forderung aus dem Miethvertrage, wie die ehemalige preuß. Praxis annahm. Zustimmend Dernburg § 223 II Ziff. 3; Oertmann § 575.

28) Diese Bestimmung entspricht derjenigen zu Gunsten des cedirten Schuldners in § 406 BGB.

b) Anderseits soll die Erlaubniß zur Gebrauchsüberlassung vom Vermiether auch nicht willkürlich verweigert werden können. Die Weigerung ist ungerechtfertigt, wenn in der Person des Dritten kein wichtiger Grund[18]) dafür vorliegt. Die ungerechtfertigte Weigerung gibt dem Miether ein Kündigungsrecht ohne Rücksicht auf etwaige längere Dauer des Miethvertrages, jedoch unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist wie bei Verträgen mit unbestimmter Dauer[19]). § 549 Abs. 1 BGB. Ueber die Berechtigung zu dieser Kündigung (die hinreichende Wichtigkeit des Grundes) entscheidet nöthigenfalls das Gericht nach freiem Ermessen[20]).

Dem Pächter steht dieses Kündigungsrecht nicht zu. § 596 Abs. 1. Die Pacht ist in noch höherem Maße Vertrauensverhältniß als die Miethe[21]). An die Verweigerung der Erlaubniß ist daher ein Rechtsnachtheil nicht gebunden.

3. In allen Fällen — mag der Gebrauch ꝛc. befugter oder unbefugter Weise überlassen sein — hat der Miether ein dem Dritten bei dem Gebrauch zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, wie wenn es sein eigenes wäre. § 549 Abs. 2[22]). Dagegen erlangt der Vermiether gegen den Dritten aus der Gebrauchsüberlassung[23]) keine Rechte[24]), außer demjenigen auf unmittelbare Rückgabe der Sache nach Beendigung des Miethverhältnisses. § 556 Abs. 3[25]).

---

17) § 556 Abs. 3 BGB. S. o. § 237 i. f. — Das persönliche Verhältniß zwischen dem Miether und dem Dritten wird dadurch nicht aufgehoben, vielmehr nur dem Miether die geschuldete Leistung unmöglich. Er haftet dem Dritten auf Gewährleistung.

18) In Betreff der „wichtigen Gründe" s. schon oben Bd. I § 13 Note 6, § 51 Note 17. Solche sind hier z. B. Liederlichkeit der Frauensperson, an die untervermiethet wird, ansteckende Krankheit des Untermiethers, Betrieb eines unangenehmen oder anrüchigen Gewerbes ꝛc. Befürchtete Zahlungsunfähigkeit des Dritten allein genügt nicht. Darüber hinaus muß Vermiether von vornherein (im Miethvertrag) die Ueberlassung ausschließen. S. o. Note 12. — Weigerung in blanco (ohne Bezug auf einen bestimmten Untermiether ꝛc.) ist erst recht eine ungerechtfertigte. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 35 S. 314, Bd. 41 S. 250.

19) Also nach Maßgabe der §§ 564 Abs. 2, 565 BGB. S. u. § 245 Ziff. III.

20) Die Natur der Sache ergibt regelmäßig, daß der Vermiether den Grund angeben und eventuell beweisen muß, aus dem er den Untermiether ꝛc. beanstandet.

21) Vgl. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 88 ff., insbes. für den Fall der Theilpacht.

22) Er haftet also dem Vermiether kontraktlich (nach den Grundsätzen §§ 237 ff.) und nach den Regeln der unerlaubten Handlungen.

23) Dagegen möglicherweise außervertraglich nach den Regeln der unerlaubten Handlungen wegen schuldhafter Beschädigung der Sache ꝛc. § 823 BGB.

24) Weil keine Schuldübernahme vorliegt. S. o. Note 8. Wohl hat der Gebrauchscessionar unter Umständen Rechte gegen ihn (s. o. vor Note 6).

25) S. o. § 237 i. f.

2. Veräußerung und Belastung der Miethsache*.

§ 242.

a) Die maßgebenden Grundsätze.

Wenn das Mieth- oder Pachtobjekt[1]) vom Herrn veräußert wird, so hebt dies den Vertrag zwischen dem Miether und Vermiether nicht auf. Es tritt nur dadurch unter Umständen für den Vermiether die Unmöglichkeit der ferneren Gebrauchsgewährung (also seiner vertragsmäßigen Leistung) ein[2]). Der Erwerber des Gegenstandes ist nach allgemeinen Grundsätzen an den Vertrag nicht gebunden[3]).

Dieser Zustand ist unerquicklich. Er begünstigt den Vertragsbruch[4]) und schädigt die wichtigsten sozialen Interessen[5]), jedenfalls dann, wenn die Sache dem Miether bereits zum Gebrauche überlassen war[6]). Heutzutage, wo die halbe Welt zur Miethe wohnt und die wichtigsten gewerblichen Betriebe in gemietheten Räumen stattfinden, bedarf der Miether eines Schutzes gegen willkürliche Austreibung seitens des neuen Herrn. War der Miether noch gar nicht mit der Sache in Berührung gekommen, so mag der Kontraktbruch durch Geldentschädigung gesühnt werden, falls sich der Miether nicht anderweit gesichert hat[7]).

---

*) Crome, Die juristische Natur der Miethe nach d. BGB. (1896), auch in Ihering's Jahrb. Bd. 37 S. 1; Schollmeyer S. 51 ff.; Rönnberg, Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 78 ff.; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 424 ff.; Romeick, Zur Technik des BGB. 2. Heft: Die abgeleitete Schuld (1902).

1) Der Vereinfachung halber reden wir im Allgemeinen nur von der Miethe. S. § 241 Note 1. Bei Immobilien auch meist nur von Grundstücken (§ 571 BGB.) schlechtweg; nicht auch von Räumen, die nach § 580 den Grundstücken gleichstehen.

2) Und zwar eine von ihm zu vertretende Unmöglichkeit, insofern die Veräußerung auf seiner freien Entschließung beruht. Daher haftet der Vermiether regelmäßig auf Schadensersatz.

3) Dies war der Standpunkt des röm. Rechts (vgl. l. 12. 18 pr. Dig. de vi 43, 16; Ziebarth, Realexekution u. Obligation S. 126 ff.). In der gemeinen Praxis versuchte man allerlei Abmilderungen. Vgl. Fischer, Soll Kauf Pacht und Miethe brechen? (1888).

4) Daher sagt man: „Kauf bricht Miethe". Der Ausdruck ist vom Kontraktbruch zu verstehen; denn der Miethvertrag an sich besteht fort und erzeugt eine Entschädigungsforderung (s. o.).

5) Diese traten im röm. Rechte weniger hervor, da dort nur geringe Leute zur Miethe wohnten.

6) Hieran haben die meisten modernen Rechte angeknüpft. So das Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 2 ff., indem es von diesem Augenblicke an dem Miether ein dingliches Recht gab (s. Crome a. a. O. S. 5 ff. u. Cit.) und der Code Nap. Art. 1793 ohne diese Verirrung (s. das. S. 9).

7) Dies kann er z. B., indem er sich beim Vertragsabschluß die Ueber-

1. Aus dem Grundgedanken ergibt sich, daß die Ueberlassung hier nur als Besitzübergabe in Betracht kommt. Der Pächter eines Rechts oder der Miether, der überhaupt keinen Besitz erlangt[8]), genießen den besprochenen Schutz nicht. Werden sie in Folge Veräußerung des Gegenstands ihres Gebrauches entsetzt, so können sie sich nur auf Entschädigung an den Vertragsgegner halten. Ebenso regelmäßig jeder Miether vor erfolgter Einräumung des Miethbesitzes[9]).

2. Bei Mobilien macht sich der hier geforderte Schutz des Miethers sehr einfach. Das heutige Sachenrecht gibt dem Erwerber der Miethsache nicht mehr die unbegrenzte Durchführung seines Eigenthumsanspruchs frei[10]), sowenig wie einem nichtbesitzenden Eigenthümer überhaupt[11]). Der Miether, der sich im Besitz der Sache befindet, hat eine stärkere Rechtsstellung als der Eigenthümer, der sie ohne Besitzübergabe[12]) vom Vermiether erwarb. Will der neue Eigenthümer solchenfalls dem Miether die Sache mit Rücksicht auf sein Eigenthumsrecht abfordern, so steht ihm die Einwendung des Miethrechts geradeso entgegen, wie seinem Cedenten (dem Vermiether). § 986 Abs. 2[13]).

3. Bei Immobilien (Grundstücken, Wohnräumen und anderen Räumen) stellt unser Gesetz[14]) den Grundsatz auf: „Kauf bricht nicht Miethe" (§§ 571 ff., 579, 580), indem es die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Miethverhältniß an den Erwerb des Miethgrundstücks anknüpft[15]), sodaß der Miether gegenüber dem jeweiligen Eigen-

lieferung der Miethsache unter Vertragsstrafe ausbedingt. Bei Immobilien kann er dann den Anspruch auf die Vertragsstrafe durch Sicherungshypothek auf das Grundstück eintragen lassen. S. Crome a. a. O. S. 33.

8) S. o. § 235 Note 2.

9) Arg. §§ 571, 986 Abs. 2 BGB. u. a contr. § 578.

10) Wie dies im röm. Recht der Fall war (ubi rem meam invenio ibi vindico). Das allgemeine Prinzip der Beschränkung ist im Sachenrecht auszuführen. Jedenfalls ist die Klage des Erwerbers der Miethsache die Vindikation (§§ 986 ff. BGB.). Er zieht gegen den Miether die Konsequenzen seines Eigenthumsrechts.

11) Dies beruht auf der erhöhten Bedeutung, die der Besitz im Mobiliarsachenrecht überhaupt hat. S. darüber im Hinblick auf die vorliegende Frage Crome a. a. O. S. 60—76.

12) Also nach § 931 BGB.

13) Entsprechend dem allgemeinen Grundsatz § 404 BGB. S. o. § 200 Ziff. II. Einer besonderen Vorschrift im Miethrecht bedurfte es hierneben nicht.

14) Nach mehrfachen Schwankungen. S. Crome a. a. O. S. 10 ff.

15) Entsprechend bei Belastung des Miethgrundstücks an den Erwerb des betreffenden dinglichen Rechts, sodaß dessen Inhaber die Vermietherrechte hat. — Im Falle der Belastung wird die Frage übrigens nur praktisch, wenn durch die Ausübung des dinglichen Rechts der vertragsmäßige Gebrauch des Miethers beeinträchtigt wird (was z. B. bei einer Belastung mit Hypothek regelmäßig nicht der Fall ist). S. § 577 BGB. — Daß der Erwerb

thümer dieses Grundstücks nach dem Miethvertrage berechtigt und verpflichtet wird. Umgekehrt hat der Eigenthümer die entsprechenden Rechte gegenüber dem Miether[16]). Voraussetzung dieser Gestaltung ist nur, daß die Miethe zur Zeit der Veräußerung oder Belastung der Miethsache schon bestand — was gegenüber Dritten in unzweifelhafter Weise hervortreten (erkennbar sein) muß. Dazu dient und genügt die einmal erfolgte Gebrauchsüberlassung an den Miether (§ 571). Hier deckt sich das rechtliche und wirthschaftliche Bedürfniß! Durch die Ueberlassung erlangt der Miethvertrag ein sicheres Datum gegen Dritte: den Erwerber des Grundstücks[17]). Zugleich werden die wirthschaftlichen Interessen des Miethers geschützt, der sich schon auf dem Grundstück einrichtet[18]).

---

des Grundstücks stets ein rechtsgeschäftlicher sein müsse, behauptet Romeick S. 73 ff. Dagegen Dernburg § 223 Note 1; Hellwig S. 435. Die ausdehnende Auslegung des § 571 BGB. in dieser Beziehung ist berechtigt.

16) S. über diese Konstruktion bereits im Zusammenhang oben § 138 Note 23 ff. Sie ist die geschichtlich gegebene; es ist erwiesen, daß die Redaktoren sie zu Grunde legten (vgl. Prot. Bd. 2 S. 139 ff., 143, 149, 153) und sie steht mit den Vorschriften des Gesetzes im Einklang. Zustimmend Schollmeyer S. 51; Dernburg § 222; Planck, Oertmann zu § 571 und viele Andere. A. M. Romeick (für abgeleitete Schuld). Indeß sein Hauptgrund (oben Note 15 i. f.) ist bestritten. Wäre er aber auch zutreffend, so kann doch (s. § 138 Note 23) der „Zustand" ein auf Rechtsgeschäft beruhender sein. Ueberdies definirt Romeick seine „abgeleitete Schuld" S. 28 als eine neben die ursprüngliche Beziehung des Miethverhältnisses gelagerte. Dies ist in § 556 Abs. 3 BGB. (s. o. § 239 Note 47), nicht aber hier der Fall. Nach § 571 Abs. 2 wird der Miether befreit. Dies widerspricht auch der Theorie Hellwig's S. 427 ff.: das Miethverhältniß bleibe zwischen den ursprünglichen Parteien bestehen, und es gingen nur einzelne Rechte und Pflichten über. S. auch u. § 243 Note 47. — Irrig ist die Annahme einer gesetzlichen Abtretung der Vermietherrechte und Pflichten (Cession und Schuldübernahme). Denn der Erwerber der Sache ist keineswegs an alle Rechtshandlungen des ursprünglichen Vermiethers gebunden (§§ 573 ff. BGB.). — Gegen die Theorie der Dinglichkeit des Miethrechts s. schon oben § 234 Note 5.

Selbstredend tritt der neue Erwerber der Sache im Allgemeinen in das Miethverhältniß so ein, wie es sich im Moment des Eintritts beim Vermiether gestaltet hatte (also mit den zwischenzeitlichen Veränderungen). Näheres unten.

17) Zur Verhinderung einer Schädigung des Erwerbers der Miethsache durch Vordatirung des Miethvertrags (als habe letzterer zur Zeit des Erwerbs der Miethsache schon bestanden).

18) Entweder schon damit begonnen hat oder im Begriffe steht, sich auf dem Grundstück einzurichten. Es muß mindestens das Grundstück zum unmittelbaren Einzug des Miethers bereitgestellt sein. Bei verschlossenen Grundstücken wird dazu auch wohl Schlüsselübergabe gehören. Nach § 854 Abs. 2 BGB. wird die Bereitstellung meist schon der Besitzübergabe gleichkommen. Romeick S. 62 ff. hatte also keinen Grund, zu schließen, ich wolle das Gegentheil sagen. Meine Beweisführung in Jhering's Jahrb. Bd. 37 S. 34 ff. bezog sich auf andere Dinge: es ist nicht erforderlich, daß von der Ueberlassung der Sache ab der Miether im Besitze bleibt. Dieser Ausführung haben sich angeschlossen Dernburg § 223 I Ziff. 2; Kohler, Ztschr. f. bürg. Recht Bd. 18 S. 109. Der Besitz wird vom Gesetz hier nicht als Publizitätsmittel aufgestellt, und der Wortlaut des § 571 ist klar (man wollte sogar die alte Streitfrage durch präzise Fassung des Gesetzes erledigen). A. M. Hellwig S. 424

Selbstverständlich muß der Miether auch einen schriftlichen Miethvertrag für sich haben: sonst kann ihm zum (resp. nach) Schluß des ersten Miethsjahrs gekündigt werden[19]). § 566 BGB.

a) Die vorstehenden Regeln sind nicht ausschließlich. Das Gesetz läßt zu, daß auch vor Ueberlassung des Grundstücks an den Miether der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" in einem gegebenen Falle vertragsmäßig eingeführt wird. § 578. Und zwar bedarf es dazu nur einer Vereinbarung des Vermiethers mit dem Grundstückserwerber[20]). Die Uebernahme der Verpflichtung, die Miethe zu halten, gegenüber dem Vermiether, wirkt kraft Gesetzes auch zu Gunsten des Miethers: wie wenn ihm der Miethgebrauch zur Zeit der Verfügung über das Grundstück schon überlassen wäre[21]).

b) Umgekehrt ist der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miethe" auch nach der Ueberlassung der Sache an den Miether nicht zwingend. Er kann im Miethvertrage ausgeschlossen werden[22]). Dann hat der Miether bei der Austreibung nicht einmal Schadensersatzansprüche[23]).

§ 243.

b) Der Grundsatz: „Kauf bricht nicht Miethe" bei Immobilien im Einzelnen.

I. In Folge des Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miethe" (§§ 571, 578 BGB.) tritt der Erwerber der Miethsache[1]) kraft Gesetzes[2]) an Stelle des Vermiethers in die sich während der Dauer seines

---

mit treffenden Bemerkungen gegen Planck, sonst aber nicht überzeugend. S. dagegen jetzt auch Romeick S. 61 ff., 68 ff.

19) S. §§ 566 i. f., 564 Abs. 2, 565 BGB. Mit Beobachtung der gewöhnlichen Kündigungsfrist.

20) Dem Erwerber des Eigenthums oder der in Note 15 besprochenen dinglichen Rechte am Grundstück.

21) Also nach Anleitung des § 571 Abs. 1 BGB. und dessen Konstruktion, — nicht nach den Regeln eines Vertrags zu Gunsten Dritter. Unser Institut ist ein einheitliches. S. auch Crome a. a. O. S. 39 ff.; Oertmann § 578 Note 2; Dernburg § 224 Ziff. III.

22) Auch diese Klausel kann wirthschaftliche Gründe haben, z. B. wenn der Vermiether unter Umständen nothwendig Geld braucht und deshalb verkaufen muß. Mancher miethet das Haus lieber unter der Klausel, als daß er es gar nicht erhält. — S. noch § 243 Note 2.

23) Oder nur bestimmte bedungene Rechte, z. B. auf Umzugskosten oder eine dafür vorgesehene feste Summe.

1) S. o. § 242 Note 1 u. 15. Aeußerstenfalls (nach § 928 BGB.) ist auch der Fiskus der Erwerber.

2) Eine entgegengesetzte Vereinbarung zwischen Vermiether und Erwerber ist dem Miether gegenüber unwirksam, falls er nicht zustimmt (was er auch nachträglich kann).

Eigenthums aus der Miethe ergebenden Rechte und Pflichten ein. § 571 Abs. 1. Der Eintritt erfolgt mit dem Eigenthumserwerb des Dritten[3]), gleichgültig aus welchem Grunde er erwarb (Kauf, Schenkung ꝛc.). Nur bei unfreiwilligen Uebertragungen (auf Grund einer Zwangsversteigerung oder im Konkurse) gelten besondere Grundsätze. S. u. Ziff. II u. III.

1. Der Eintritt in die Vermietherstellung bedeutet, daß vom Moment des Eigenthumsübergangs ab der Vermiether aus dem Miethverhältniß ausscheidet und der Erwerber in dasselbe eintritt. Selbstverständlich bezieht sich dies nur auf das Miethverhältniß nach seinem dermaligen rechtlichen Bestande, also mit allen Veränderungen, die es möglicherweise inzwischen erlitten hat[4]). Es bezieht sich auch nur auf die sich daraus vom Moment des Eigenthumswechsels an[5]) ergebenden einzelnen Rechte und Pflichten: der Erwerber hat also weder für Rückstände seines Vorgängers aufzukommen[6]), noch auf solche (z. B. auf den Miethzins für die frühere Zeit) Anspruch[7]). Aber für die Zukunft kann sich der Miether grundsätzlich nur an den Erwerber halten und nur von diesem belangt werden[8]).

Immerhin war dieser Grundsatz nicht unbeschränkt durchführbar.

a) Der Uebergang der Vermietherpflichten auf den Erwerber des Grundstücks führt nicht sofort die völlige Entlastung des bisherigen Vermiethers herbei. Denn jeder Schuldnerwechsel hat für den Gläubiger etwas Mißliches, und soll daher nicht über seinen Kopf

3) Also mit Auflassung und Eintragung zum Grundbuch. § 873 BGB.

4) Z. B. durch spätere Verabredungen des Miethers mit dem Vermiether nach Abschluß des Miethvertrages; es sei denn, daß eine Kollusion gegenüber dem Erwerber vorliegt. Solchenfalls kann sich der Miether auf die Klauseln auch dem Erwerber gegenüber nicht berufen. Dernburg § 228 I Ziff. 3; Hellwig, Rechtskraft S. 243 Note 6.

5) Bei Weiterveräußerung des Grundstücks tritt nach § 579 BGB. der neue Erwerber entsprechend an die Stelle. S. u. Ziff. 3.

6) Nur ist zu beachten, daß die Nichterfüllung der Vermietherleistungen häufig Verpflichtungen des Nachfolgers erzeugt. Z. B. eine unterlassene Ausbesserung des Hauses ist nicht in dem Sinne erledigt, daß der Erwerber den Miether wegen dieses „Rückstands" an seinen Vorgänger verweisen könnte; sondern er muß die Reparatur selbst vornehmen, da er von nun an den vertragsmäßigen Gebrauch zu gewähren hat. Aber z. B. für einen verwirkten Schadensersatz bleibt der Vorgänger ausschließlich haftbar.

7) Erfolgt die Veräußerung in einer Miethzinsperiode, so hat der Erwerber den demnächst fälligen Miethzins einzuziehen. Vertheilung nach Bd. I § 70.

8) Der Erwerber hat jetzt die aus vertragswidrigem Gebrauch des Miethers ꝛc. entspringenden Schadensersatz- und Kündigungsrechte (s. o. § 237). Er tritt sogar nach Maßgabe des § 572 BGB. in die Rechtsstellung des Vermiethers an einer vom Miether für gehörige Vertragserfüllung geleisteten Sicherheit ein. Kündigung des Miethers hat an den neuen Eigenthümer zu erfolgen (irrig Rönnberg S. 78 ff.).

hinweg geschehen[9]). Zwar bleibt der bisherige Eigenthümer hier nicht Vermiether[10]); doch haftet er, wenn der Erwerber die Vermietherpflichten nicht erfüllt, für den etwaigen Schadensersatz als Bürge[11]). Anderseits kann er sich von dieser Haftung befreien, indem er dem Miether von dem Eigenthumswechsel Mittheilung macht[12]). Wenn dann der Miether das Verhältniß nicht zum ersten zulässigen[13]) Termin kündigt[14]), so wird der frühere Vermiether von der Bürgschaft befreit. § 571 Abs. 2.

b) Wie der Erwerber nicht den Miethzins fordern kann, der aus der Zeit vor dem erfolgten Eigenthumsübergang des Grundstücks rückständig ist[15]), so ist er anderseits auch nicht gebunden durch Vereinbarungen des Miethers mit dem früheren Vermiether, die sich auf den Miethzins für die Zeit nach dem Eigenthumswechsel beziehen[16]). Derartige Geschäfte sind, wenn auch vor dem Eigenthumswechsel[17]) geschlossen, doch dem Erwerber des Grundstücks gegenüber unwirksam. Jedoch mit folgenden Einschränkungen:

α. Eine Verfügung[18]), die der ehemalige Vermiether vor dem Eigenthumsübergang über den nach dieser Zeit verfallenden Miethzins getroffen hat, ist gegen den Erwerber insoweit wirksam, als sie sich auf das zur Zeit des Eigenthumsübergangs laufende und das darauf folgende Kalendervierteljahr bezieht[19]). Und selbst darüber

9) Daher z. B. keine Schuldübernahme ohne Zustimmung des Gläubigers. S. o. §§ 202 ff.

10) Er bleibt weder Hauptschuldner noch haftet er mit dem Erwerber des Grundstücks zusammen als Mit- oder Gesammtschuldner (wie z. B. in § 419 BGB.).

11) Und zwar wie ein solcher, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat. S. § 773 Ziff. 1 BGB. u. unten § 296 Ziff. 3. Der Ausdruck: „wie" ist sprachlich durch den Nachsatz bedingt. Der ursprüngliche Vermiether hat kraft Gesetzes Bürgenstellung.

12) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. Selbstverständlich unter Angabe des Erwerbers, damit der Miether sich über dessen Persönlichkeit erkundigen kann.

13) Ein besonderes Kündigungsrecht wegen der Veräußerung besteht nicht.

14) Selbstverständlich ordnungsmäßig, z. B. unter Einhaltung der gehörigen Kündigungsfrist.

15) S. o. bei Note 7.

16) Denn der Erwerber ist nicht Rechtsnachfolger des ursprünglichen Vermiethers. S. o. § 242 Note 16. Der Satz: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet findet hier sowenig wie in den Fällen Bd. I § 63 Note 18 u. 21 Anwendung.

17) Und selbstverständlich ohne Dolus!

18) Z. B. Abtretung, Verpfändung der Miethzinsforderung ꝛc. — Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht auch hier eine solche gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung wider den Vermiether erfolgt. Arg. § 135 Abs. 1 BGB.

19) Solche Verfügungen sind im Verkehr nicht ungewöhnlich. — Zu beachten

hinaus, soweit der Erwerber zur Zeit des Eigenthumsübergangs von der Verfügung Kenntniß hatte[20]). § 573.

β. Geschäfte, die der frühere Vermiether[21]) mit dem Miether vor dem Eigenthumsübergang über den künftigen Miethzins geschlossen hat[22]), sind dem Erwerber gegenüber wirksam, soweit sie sich nicht auf eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr, in welchem der Miether von dem Eigenthumsübergang Kenntniß erlangt[23]), und auf das folgende Vierteljahr beziehen. Ja selbst wenn das Geschäft erst nach vollzogenem Eigenthumswechsel geschlossen wurde[24]), kann der Miether es dem Erwerber im obigen Umfang[25]) entgegensetzen, wenn er zur Zeit der Vornahme des Geschäfts von dem Eigenthumswechsel keine Kenntniß hatte. § 574.

Der Erwerber, der das Geschäft nicht gegen sich gelten lassen will, muß den Beweis der Kenntniß des Miethers führen.

γ. Soweit der Miether sich hiernach dem Erwerber gegenüber auf die Zahlung des Miethzinses an den ursprünglichen Vermiether berufen kann[26]), darf er gegen die Miethzinsforderung des Erwerbers auch eine Forderung[27]) aufrechnen, die ihm gegen den früheren Vermiether zusteht[28]). Und war selbst dann, wenn er die Forderung

---

ist, daß sich die Vorschrift nur auf das Verhältniß des Miethers zum Erwerber bezieht. Zwischen dem Veräußerer und Erwerber entscheidet der Inhalt des der Veräußerung zu Grunde liegenden Geschäfts (z. B. oben § 214).

20) Dann ist er dadurch nicht geschädigt. — Fahrlässige Unkenntniß genügt nicht.

21) Oder dessen Cessionar. Planck § 474 Note 2; Oertmann Note 5.

22) Z. B. Zahlungsannahme, Erlaß ꝛc. Obschon darin auch eine Verfügung über den Miethzins (im Sinne von lit. α) liegen kann. Durch § 574 wird der Schutz des Miethers noch erhöht. Soweit § 573 daneben paßt, ist auch dieser anwendbar. S. auch Oertmann § 574 Note 1c.

23) Nicht blos für die Quartale zur Zeit des wirklich erfolgten Eigenthumsübergangs! Der Miether kann sich noch auf seinen späteren guten Glauben berufen. S. auch weiter im Text.

24) Nach lit. α (§ 573) wäre es dann dem Erwerber gegenüber jedenfalls unwirksam. Gleichwohl soll sich der gutgläubige Miether (aus ähnlichen Gründen wie nach § 407 BGB. ein cedirter Schuldner) dem neuen Gläubiger gegenüber darauf berufen können.

25) Also nicht über die Zeit der zwei Quartale seit der Kenntnißerlangung hinaus. § 574 S. 2 empfängt seinen näheren Inhalt aus Satz 1. Ein Miether, der sich auf ein Geschäft für längere Zeit einläßt, thut dies auf seine Gefahr.

26) S. o. lit. β. — Also für einen Betrag des Miethzinses bis einschließlich der zwei Quartale zur Zeit der Kenntnißerlangung vom Eigenthumsübergang.

27) Jeder Art! Nicht blos eine Forderung aus dem Miethvertrage, wie die ehemalige preuß. Praxis annahm. Zustimmend Dernburg § 223 II Ziff. 8; Oertmann § 575.

28) Diese Bestimmung entspricht derjenigen zu Gunsten des cedirten Schuldners in § 406 BGB.

erst nach dem Eigenthumswechsel gegen den ursprünglichen Vermiether erwarb; es sei denn, daß ihm beim Erwerb der Forderung der Eigenthumswechsel bekannt war[29]), oder daß er ihn zwar nicht kannte, die Forderung aber erst nach Erlangung dieser Kenntniß und später als der geforderte Miethzins fällig wird[30]). § 575.

c) Möglich ist anderseits, daß dem Miether vom Vermiether eine Mittheilung über den Eigenthumswechsel des Miethgrundstücks gemacht wird[31]), die sich hinterher als unzutreffend herausstellt[32]). In diesem Falle muß der Vermiether in Ansehung des Miethzinses[33]) die angezeigte Uebertragung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder unwirksam ist[34]). Ja die Mittheilung kann nur mit Zustimmung des bezeichneten Erwerbers wieder zurückgenommen werden[35]). § 576.

2. Ebenso wie ein Eigenthumswechsel wird der Fall behandelt, wenn der Vermiether einem Dritten ein sonstiges dingliches Recht am Miethgrundstücke bestellt[36]), dessen Ausübung den vertragsmäßigen Gebrauch des Miethers beeinträchtigt[37]). § 577. Das Miethrecht als eine Forderung steht hinter diesen Rechten nur in demselben Umfang zurück, als es auch dem Eigenthum des Dritten weichen müßte. Also

a) Wird durch die Ausübung des dinglichen Rechts[38]) dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch der Miethsache gänzlich entzogen[39]), so tritt der dinglich Berechtigte nach den entwickelten Grundsätzen für

---

29) Entsprechend oben lit. β nach Note 25.

30) Aus ähnlichen Gründen wie in § 406 BGB. S. o. § 200 zu Note 36 ff.

31) S. o. lit. a, wo auch der Grund der Mittheilung erhellt. Sie ist ein Mittel, um den Vermiether bei nächster Gelegenheit (vgl. § 571 i. f.) von seiner bürgschaftlichen Haftung zu befreien.

32) Z. B. die Mittheilung geschah im Voraus und die Uebertragung kam hinterher nicht zu Stande. Oder letztere ist unwirksam.

33) Also der Miether ist befreit, wenn er den Miethzins an den bezeichneten Erwerber zahlte u. s. w.

34) Dieser Schutz des Miethers entspricht demjenigen zu Gunsten eines cedirten Schuldners in § 409 BGB.

35) Der Miether würde sonst das Opfer eines fremden Streits, falls hinterher die Richtigkeit der Rücknahme in Frage steht. — Weitere Schutzmittel des Miethers, z. B. aus § 893 BGB., werden dadurch nicht ausgeschlossen.

36) Belastung des Grundstücks im Gegensatze zur Veräußerung. In Betracht kommen vor Allem die Bestellung eines Erbbaurechts, eines Nießbrauchs und beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten z. B. eines Gebrauchs- und Wohnungsrechts.

37) Andernfalls bleibt das Miethverhältniß von der Belastung unberührt.

38) D. h. durch die nach der Natur des Rechts mögliche, nicht die zufällige wirkliche Ausübung von Seiten des Berechtigten.

39) Z. B. durch Nießbrauch, Erbbaurecht.

die Dauer seines Rechtes in das Miethverhältniß ein, hat also die Vermietherpflichten und Anspruch auf den Miethzins ꝛc.[40]).

b) Wird durch die Ausübung des dinglichen Rechts dem Miether der vertragsmäßige Gebrauch der Miethsache *nur beschränkt*[41]), so tritt ein Wechsel der Parteirolle nicht ein. Die Person des Vermiethers bleibt also dieselbe. Daneben wird *der Dritte dem Miether persönlich verpflichtet, die Ausübung seines Rechts insoweit zu unterlassen*[42]), als diese den vertragsmäßigen Gebrauch des Miethers beeinträchtigen würde[43]). § 577 i. f.

3. Wird die Miethsache *vom dritten Erwerber weiter veräußert* oder in einer den vertragsmäßigen Gebrauch des Miethers beeinträchtigenden Weise belastet, so gelten entsprechend die obigen Grundsätze auch in Ansehung des *weiteren Erwerbers*. D. h. auch dieser tritt in demselben Umfang während der Dauer seines Rechts in *die sich aus dem Miethverhältniß ergebenden Rechte und Pflichten ein*[44]). Doch haftet der frühere Erwerber für den späteren nicht (nach § 571 Abs. 2) als Bürge: die Garantiepflicht bleibt auf den ursprünglichen Vermiether beschränkt[45]). Letzterer haftet bis zu seiner Entlastung[46]) auch für die Nichterfüllung seitens der späteren Erwerber. § 579 BGB.[47]).

II. Auf eine Veräußerung des Grundstücks im Wege der *Zwangsvollstreckung* sind die obigen Grundsätze nur mit Beschränkung anwendbar. Müßte hier vom Ersteher[48]) unbedingt die Miethe gehalten

---

40) Letzteres selbst dann, wenn er *dem Eigenthümer gegenüber* auf den Miethzins (als Frucht) keinen Anspruch hat. Z. B. als bloßer Wohnungsberechtigter. Solchenfalls muß er ihm den Miethzins herausgeben, falls er ihn nicht nach der konkreten Sachlage als *Ersatz* für nicht gewährten Gebrauch ꝛc. behalten darf. Letztere Möglichkeit übersieht Oertmann § 577 Note 1 a, der eine Mitberechtigung konstruirt. Gegen diese spricht auch der Wortlaut des § 577.

41) Wie z. B. bei Einräumung von Grunddienstbarkeiten und sog. irregulären Personalservituten.

42) Nur *insoweit* tritt er: also in Ansehung der Verpflichtung zur *Gebrauchsgewährung* (s. o. § 235) in die Miethe ein. — Erklärlich genug: denn ultra posse nemo tenetur. Was sollte er sonst gewähren?

43) Selbstredend steht seiner etwaigen Geltendmachung des dinglichen Anspruchs wider den Miether *diese Verpflichtung auch als Einwand* entgegen.

44) Nach Maßgabe von Ziff. 1 oben (also in ihrem gegenwärtigen Bestande).

45) Als den Kontrahenten. Dies folgt aus inneren Gründen und aus dem unzweifelhaften Wortlaut des § 579.

46) Nach Maßgabe von Ziff. 1 a.

47) Also solange der ursprüngliche Vermiether bürgschaftlich überhaupt noch haftet, haftet er für jeden späteren Erwerber der Miethsache; nachher haftet weder er selbst noch ein anderer für den jeweiligen letzten Berechtigten.

48) Durch eine bloße Zwangsverwaltung des Grundstücks werden die Rechte des Miethers nicht berührt. § 152 Abs. 2 d. Ges. v. 24. März 1897.

werden, so würde sich nicht leicht ein Käufer finden, jedenfalls der Preis des Grundstücks erheblich sinken. Dies benachtheiligte dann wieder empfindlich die Gläubiger und schädigte den ganzen Realkredit. Daher ist hier zwischen den verschiedenen Interessen zu vermitteln[49]). Dies geschieht durch das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung vom 24. März 1897.

War hiernach dem Miether zur Zeit der Beschlagnahme des Grundstücks[50]) das letztere bereits zum Gebrauche 2c. überlassen[51]), so tritt zwar der Ersteher grundsätzlich nach Maßgabe der obigen Regeln[52]) in die Miethe ein[53]). Er ist jedoch berechtigt, dem Miether unter Einhaltung der gesetzlichen Frist[54]) zu kündigen[55]). Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten Termin erfolgt, für den sie zulässig ist.[56]). § 57 d. Ges.

Auf der anderen Seite kann der Miether sich am Verfahren betheiligen, um seine Interessen wahrzunehmen. Er kann beantragen, daß das gesetzliche Kündigungsrecht durch die Versteigerungsbedingungen[57]) ausgeschlossen oder beschränkt werde. Allerdings wird dieser Antrag nur dann durchdringen, wenn dadurch die Rechte anderer Betheiligten nicht beeinträchtigt werden oder wenn diese zustimmen. Eventuell ist das Grundstück auf beide Arten (mit oder ohne Kündigungsrecht des Erstehers) auszubieten, und der Zuschlag demjenigen

---

49) Der Miether seinerseits kann wegen der Zwangsvollstreckung in das Grundstück nicht kündigen. — Es bleibt ihm überlassen, um allen Belästigungen zu entgehen, das Grundstück selbst anzusteigern.

50) D. i. der Beschluß, durch welchen die Zwangsversteigerung in das Grundstück angeordnet wird. Vgl. §§ 20 ff. d. Ges.

51) Im Sinne des § 571 BGB. — War eine Ueberlassung noch nicht erfolgt, so wird die Miethe hier sowenig wie regelmäßig bei freiwilliger Veräußerung des Grundstücks berücksichtigt.

52) Die §§ 571—575 BGB. (mit Ausnahme des § 573 Satz 2) finden Anwendung.

53) Für die Zeit vom Eigenthumsübergang, d. i. hier der Verkündung des Zuschlagsbescheides an.

54) S. §§ 565, 595 BGB. Falls nicht nach Inhalt des Miethvertrags noch günstigere Kündigungsbedingungen bestehen. — Er kann also den Miether unter Beobachtung der gewöhnlichen Kündigungsfrist austreiben. Für die Dauer der Kündigungsfrist aber hat er die Vermietherstellung. — Eine Austreibung des Miethers während der Dauer des Zwangsvollstreckungsverfahrens durch den dasselbe betreibenden Gläubiger ist unzulässig. Ja der betreibende Theil kann sogar noch nach der Beschlagnahme des Grundstücks vermiethen (z. B. um es zu verwerthen). Arg. § 24 d. Ges.

55) Dieses Kündigungsrecht kann im Miethvertrage nicht ausgeschlossen werden.

56) Der Ersteher des Grundstücks muß sich also alsbald über die Kündigung schlüssig machen.

57) Vgl. §§ 44 ff. d. Ges.

zu ertheilen, der das günstigste Gebot macht. S. § 9 Ziff. 2, § 59 d. Ges.

III. Geschieht die Veräußerung im Konkurs über das Vermögen des Vermiethers, so wirkt, wenn die Ueberlassung der Sache an den Miether zur Zeit der Eröffnung des Konkurses schon erfolgt war[58]), der Vertrag auch gegenüber der Konkursmasse[59]). Die Veräußerung durch den Konkursverwalter wirkt wie eine Zwangsversteigerung (Ziff. II). § 21 Abs. 1 u. 3 KO. Der Erwerber des Grundstücks kann also den Miether unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist austreiben[60]), falls ihm nicht unter anderen Bedingungen verkauft ist. Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn sie nicht für den ersten zulässigen Termin erfolgt[61]).

D. Gesetzliche Pfandrechte.*

§ 244.

Seit Alters her hat der Vermiether und Verpächter eines Grundstücks ein gesetzliches Pfandrecht[1]) an den auf das Grundstück eingebrachten Sachen des Miethers 2c., bei der Pacht auch an den Früchten des Grundstücks, zur Sicherung seiner Ansprüche aus dem Vertrage. Der Umfang dieses Rechts hat vielfach geschwankt[2]). Das Maß der gegenwärtigen Anerkennung ist folgendes.

58) War die Ueberlassung noch nicht erfolgt, so wird der Miethvertrag wie jeder andere vom Gemeinschuldner geschlossene und von den Parteien beiderseits noch nicht vollständig erfüllte zweiseitige Vertrag behandelt. Also nach § 17 KO.

59) Eine Besonderheit enthält § 21 Abs. 2 KO. Danach braucht der Konkursverwalter Vorausverfügungen über den Miethzins, Einziehung und Aufrechnung desselben mit einer Forderung gegen den Gemeinschuldner nur anzuerkennen, soweit es sich um den Miethzins für das zur Zeit der Konkurseröffnung laufende und das folgende Kalendervierteljahr handelt. S. o. I Ziff. 1 b. — Der Miethzins ist an die Masse zu zahlen. S. o. Note 54 i. f.

60) S. o. Note 54 ff.

61) Wegen Konkurses des Miethers s. u. § 245 zu Note 38 ff.

*) Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers, des Verpächters 2c. (1900) in Fischer, Ges. Abh. Bd. 5 S. 530.

1) Die ältere Auffassung, als handele es sich um stillschweigende Verpfändung, war schon im späteren gemeinen Recht aufgegeben. — Von den Wirkungen dieses, wie der Pfandrechte überhaupt, ist erst im Sachenrecht zu reden. Vgl. § 1257 BGB. Hier sind nur die Voraussetzungen zu besprechen. — Das Pfandrecht kann durch Verabredung der Miethsparteien ausgeschlossen werden.

2) Vgl. l. 4 pr. Dig. in quib. caus. 20, 2; l. 7 Cod. desgl. 8, 14. Preuß. ALR. I Tit. 21 § 395, Code Nap. Art. 2102; preuß. Ges. v. 12. Juni 1894. Das sächs. GB. § 1228 gewährte nur ein Zurückbehaltungsrecht. Damit begann eine Strömung gegen das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers; doch hat dieselbe

I. Bei der Miethe (§§ 559 ff.).

Der Vermiether eines Grundstücks, eines Wohnraumes oder anderen Raumes (§ 580) hat für seine Forderungen aus dem Miethverhältniß[3]) kraft Gesetzes ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Miethers. Andere Dinge als Sachen können nicht auf das Grundstück resp. in den Raum „eingebracht" werden[4]); auf sie erstreckt sich also das Pfandrecht nicht[5]). Das „Einbringen" dient zur Erkennbarkeit des Pfandrechts gegen Dritte[6]), und ist um so wesentlicher, als der Vermiether keinen Pfandbesitz[7]) an den eingebrachten Sachen hat. Das Pfandrecht entsteht kraft Gesetzes mit dem Einbringen[8]) auf das Grundstück resp. in die vermietheten Räume[9]).

1. Uebrigens ist der Umfang des Pfandrechts gegen das frühere Recht beschränkt. § 559. Und zwar

a) hinsichtlich des Gegenstandes. Zunächst besteht es nicht an den gesetzlich unpfändbaren Sachen[10]); außerdem nur an solchen

---

nur zu einer Einschränkung des Umfangs im sozialen Interesse geführt. Ganz ist das Pfandrecht nicht zu entbehren, wenn auch der Vermiether sich unter Umständen anders (z. B. durch Vereinbarung der praenumerando-Zahlung des Miethzinses) sichern kann. — Viel weiter geht das Pfandrecht bei der Pacht, wo es als unentbehrliches Hülfsmittel niemals beanstandet wurde. Wir müssen daher hier Miethe und Pacht gesondert behandeln.

3) Jeder Art. Also nicht blos wegen der Miethzinsforderung, sondern z. B. auch wegen seiner etwaigen Forderungen auf Schadensersatz 2c.

4) Die Römer sprachen von invecta et illata. — Inhaberpapiere und überhaupt Werthpapiere (s. o. Bd. I § 68 Ziff. II) stehen aber auch in dieser Beziehung den Sachen gleich und unterliegen daher dem Miethpfandrecht. A. M. Siber S. 14. S. aber Dernburg § 229 Note 6; Oertmann § 559 Note 4. Baares Geld unterliegt dem Pfandrecht.

5) Also z. B. nicht auf Forderungsrechte nebst den betreffenden Schuldurkunden, auf eine Versicherungsforderung auch dann nicht, wenn die eingebrachten Sachen untergehen. Für eine gewisse Surrogation Siber S. 15. — Das Pfandrecht ergreift auch nicht dingliche Rechte des Miethers an fremden Sachen, z. B. nicht das Pfandrecht des Miethers an den eingebrachten Sachen seines Untermiethers.

6) S. über das Prinzip der Publizität dinglicher Rechte im Sachenrecht.

7) Pfandrechte an beweglichen Sachen sind regelmäßig nur als Faustpfandrechte anerkannt. S. §§ 1205 ff, 1257 BGB. Die eingebrachten Sachen aber besitzt nicht der Vermiether, sondern der Miether. Der Vermiether hat nur das Recht und die Möglichkeit, die Wegschaffung der Sachen von seinem Grundstück zu verhindern: er hat das sog. Perklusionsrecht. S. schon l. 9 Dig. i. quib. caus. 20, 2 u. unten Ziff. 4.

8) Sofern die sonstigen Voraussetzungen vorliegen. Andernfalls mit der Verwirklichung dieser resp. der letzten von ihnen (z. B. wenn die Sache erst nach dem Einbringen vom Miether erworben wird oder aus dem Kreise der unpfändbaren Sachen heraustritt). Vgl. Siber S. 33 ff.

9) Ueber Einbringen s. Siber S. 21 ff. Ist nicht das ganze Grundstück vermiethet, so müssen die Sachen in die vermietheten Räume desselben verbracht sein.

10) Eine brennende soziale Forderung. Vgl. Motive Bd. 2 S. 406. Ueber die in Betracht kommenden Sachen s. §§ 811 ff. CPO.

Sachen, die dem Miether gehören. Daher z. B. nicht an Sachen seiner Ehefrau oder seiner Kinder, falls nicht die Sachen zum Bestand einer Gütergemeinschaft gehören, an der der Miether betheiligt ist[11]); nicht an Sachen seiner Dienstboten, Untermiether; nicht an geliehenen Sachen oder solchen, die der Miether unter Eigenthumsvorbehalt, z. B. auf Abzahlung, erhalten hat[12]). Dagegen werden die dem Miether gehörigen Sachen auch dann vom Pfandrecht ergriffen, wenn sie zum Verkaufe bestimmt sind[13]).

b) Was die Forderungen angeht, zu deren Sicherung das Pfandrecht bestimmt ist[14]), so dient es unbeschränkt nur zur Deckung des Vermiethers für die Vergangenheit (also für Zinsrückstände, fällige Entschädigungsansprüche ꝛc.). Ueberdies kann es

α. gegenüber anderen Gläubigern an Sachen, die von diesen gepfändet sind[15]), auch wegen verfallener Miethzinsen[16]) nicht für eine längere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung geltend gemacht werden. Länger kreditirt der Vermiether auf seine Gefahr. § 563.

β. Für die Zukunft dient das Pfandrecht nur zur Sicherung des Anspruchs auf den Miethzins für das laufende und darauf folgende Miethjahr[17]). § 559 S. 2.

2. Das Pfandrecht erlischt, abgesehen von den gewöhnlichen pfandrechtlichen Gründen[18]) mit Entfernung[19]) der Sachen vom

---

11) Der allgemeinen Gütergemeinschaft, Errungenschafts-, Fahrniß-, fortgesetzten Gütergemeinschaft; gleichviel von welcher Seite die Sachen herrühren. Wegen Miteigenthums s. noch Siber S. 29 ff.

12) Ob der Vermiether im Glauben ist, daß die Sachen dem Miether gehörten, macht keinen Unterschied. Siber S. 31 ff.

13) Z. B. ein Waarenlager. S. schon Entsch. d. ROHG. Bd. 6 S. 282 u. Cit. — Der Vermiether, welcher das Pfandrecht geltend macht, muß das Eigenthum des Miethers an den Pfandstücken beweisen.

14) Vgl. Siber S. 9 ff.

15) S. § 805 CPO., wonach der Vermiether der Pfändung der Illaten durch andere Gläubiger nicht widersprechen kann, dadurch aber auch seine Rechte nicht verliert. Dies ging im früheren Recht zu weit. Alle Erlöse absorbirte in Konkurrenzfällen gewöhnlich der Vermiether. Ueber das Verhältniß des Vermiether- und Pfändungspfandrechts s. jetzt Mittelstein S. 201 ff. — Entsprechend im Konkurs § 49 Ziff. 2 KO.

16) Wegen der Entschädigungsforderungen des Vermiethers haften die gepfändeten Illaten unbeschränkt.

17) Also nicht für eine spätere Zeit, und überhaupt nicht für künftige Entschädigungsforderungen (z. B. aus §§ 545 Abs. 2, 549 Abs. 2, 550 BGB.).

18) Z. B. Pfandverkauf (§ 1242), Verzicht (§ 1255), Vereinigung (§ 1256), Erlöschen der versicherten Forderung (§ 1252), Abtretung der Forderung ohne das Pfandrecht (§ 1250 Abs. 2) ꝛc. — Ebenso endigt das Pfandrecht durch Veräußerung und Uebergabe der Sache an einen gutgläubigen Erwerber (§ 936);

Grundstück[20]). Nur wenn die Entfernung ohne Wissen oder unter Widerspruch[21]) des Vermiethers (also gewaltsam oder heimlich) erfolgte, bleibt das Pfandrecht bestehen, und erlischt erst, wenn der Vermiether nicht binnen Monatsfrist seit Kenntniß der Entfernung[22]) gerichtlich die Zurückschaffung der Sachen[23]) auf das Grundstück[24]) verlangt. § 560 S. 1, § 561 i. f.

Anderseits kann die Entfernung der Sachen vom Grundstück von Seiten des Vermiethers nicht gehindert werden[25])

a) wenn sie im regelmäßigen Geschäftsbetrieb des Miethers erfolgt, z. B. hinsichtlich der eingebrachten Waarenbestände[26]);

b) wenn sie den gewöhnlichen Lebensverhältnissen[27]) entspricht;

c) wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermiethers offenbar[28]) ausreichen. § 560 i. f.;

d) wenn für eine Sache in Höhe ihres Werthes Sicherheit geleistet wird[29]). § 562 i. f.

---

doch wird dies vielfach durch den im Text gleich folgenden Endigungsgrund überholt. Vgl. Siber S. 79 ff. S. jedoch unten Ziff. 4 lit. b.

19) Dies ist der Gegensatz zum „Einbringen". Es vernichtet die Erkennbarkeit des Pfandrechts und überhaupt die äußerliche pfandrechtliche Beziehung der Sachen zum Gläubiger (vgl. o. zu Note 6 ff.). Ebenso schon in der preuß. Jurisprudenz und im Code Nap. Art. 2102.

20) Nicht blos aus dem einzelnen darauf gemietheten Raume. Prot. Bd. 2 S. 207.

21) Volle Geschäftsfähigkeit des Vermiethers ist dazu nicht erforderlich. Arg. § 107 BGB.

22) Der Vermiether muß seine Unkenntniß resp. den von ihm erhobenen Widerspruch gegen die Entfernung der Illaten beweisen. Es ist Voraussetzung seiner Klage.

23) Entsprechend dem allgemeinen Recht der Vindikation beweglicher Sachen (s. §§ 935, 1006, 1227 BGB.). Art. 2102 Code Nap. spricht geradezu von einer revendication der Illaten.

24) In ihre frühere Position oder eventuell (falls der Miether ausgezogen ist) in seinen eigenen Besitz. Dann entsteht ein gewöhnliches Faustpfandrecht. S. u. Ziff. 4 b.

25) Der Widerspruch ist wirkungslos; die Klage auf Zurückschaffung der Sachen ist abzuweisen (das Pfandrecht mit Entfernung der Sachen vom Grundstück in diesem Falle also definitiv erloschen). — Die Wirkungslosigkeit des Widerspruchs hat der Gegner des Vermiethers zu beweisen.

26) Regelmäßiger Geschäftsbetrieb ist aber nicht z. B. plötzliche Versteigerung des gesammten Waarenlagers.

27) Nicht (subjektiv) denjenigen des Miethers, sondern der Allgemeinheit. — Hierhin gehört z. B. das Mitnehmen von Sachen auf die Reise, die Verbringung gerade der werthvollsten Sachen (Gold, Silber, Edelsteine ꝛc.) während dieser Zeit in Depot auf einer Bank oder bei anderen Personen; auch die Entledigung von Dingen, die man nicht mehr braucht (z. B. aus der Mode gekommener Toiletten und Schmucksachen).

28) Auf langwierige Beweisführung braucht der Vermiether sich nicht einzulassen.

29) Die Angemessenheit der angebotenen Sicherheitsleistung muß der Miether

3. Durch solche Sicherheitsleistung kann sogar jede eingebrachte Einzelsache selbst dann vom Pfandrecht des Vermiethers befreit werden, wenn sie auf dem Grundstücke verbleibt. Allerdings wird dazu nur selten Veranlassung sein. Wohl aber kann der Miether Interesse haben, das gesammte Pfandrecht des Vermiethers von seinen eingebrachten Sachen abzuwenden. Dies kann in doppelter Weise geschehen.

a) Indem der Miether für die Summe des Werths sämmtlicher Einzelsachen Sicherheit leistet[30]). Dadurch erlischt das Pfandrecht; — aber nur in Betreff dieser, also des gegenwärtigen (eingebrachten) Vermögens des Miethers, nicht des künftigen soweit es an sich dem Pfandrecht unterfällt.

b) Indem er Sicherheit leistet für die Höhe sämmtlicher Forderungen aus dem Miethverhältniß, zu deren Sicherung das Pfandrecht bestimmt ist[31]). Dadurch erlischt das Pfandrecht nicht, sondern es wird nur rebus sic stantibus seine Geltendmachung abgewendet. Letztere wird wieder zulässig, wenn die betreffenden Ansprüche wachsen und die Sicherheit nicht entsprechend aufgebessert wird[32]). § 562.

4. Die Ausübung des Miethpfandrechts geschieht in der Weise wie bei allen Pfandrechten[33]). Ein besonderes Schutzmittel liegt in der Befugniß des Vermiethers, die Wegschaffung der Pfandstücke vom Miethgrundstück zu verhindern[34]). Zu diesem Ende hat der Vermiether

a) ein besonderes Selbsthülferecht[35]). Er darf die Entfernung

---

beweisen. Die Mittel der Sicherheitsleistung sind die gewöhnlichen. S. Bd. I § 134.

30) In der in Note 29 angegebenen Weise. — Ueber die Verpflichtung zur Aufbesserung der Sicherheit in diesem Falle s. Siber S. 84 ff.

31) S. o. Ziff. 1 b.

32) Wenn Dertmann § 562 Note 1 a Sicherheitsleistung zum Gesammtwerth sämmtlicher dem Pfandrecht unterliegenden Einzelsachen genügen lassen will, wenn dieser geringer ist, so dürfte dies nach dem Gesagten kaum zulässig sein.

33) Arg. § 1257 BGB. S. darüber das Sachenrecht, Siber S. 55 ff., und über die sehr schwierigen Beweisfragen S. 64 ff. daselbst. — Andererseits beruht das Pfandrecht auf dem Miethvertrage, sodaß mißbräuchliche Ausübung desselben als Verletzung des Miethvertrages (nicht blos als deliktische Handlung) anzusehen ist. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 222.

34) Er hat das sog. Perklusionsrecht. S. o. Note 7. — Die rechtswidrige Wegschaffung der Illaten durch den Miether oder durch Dritte zu Gunsten des Miethers (das sog. Miethrücken) ist außerdem mit öffentlicher Strafe bedroht. S. § 289 StGB. u. Entsch. d. RG. in Strafsachen Bd. 7 S. 325.

35) S. schon oben Bd. I § 123 Ziff. 1 b. — Also unter Befreiung von den gewöhnlichen Schranken der §§ 229 ff. BGB.

der Pfandstücke, soweit er ihr nach den obigen Grundsätzen zu widersprechen befugt ist, ohne Anrufen des Gerichts[36]) gewaltsam verhindern, — zu diesem Zwecke auch dem ausziehenden Miether die Sachen abnehmen und sie in seinen Besitz bringen. § 561 Abs. 1. Darin liegt keine Aneignung[37]), sondern nur die (nach den Umständen unvermeidliche) Verschaffung des Pfandbesitzes[38]).

War die Entfernung der Pfandstücke dem Miether *gestattet*[39]), so ist die eigenmächtige Verhinderung derselben seitens des Vermiethers eine *widerrechtliche Handlung*. Der Miether kann also Beseitigung des Widerstandes, und bei Verschulden des Vermiethers[40]) vollen Schadensersatz verlangen.

b) Sobald die Sachen ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermiethers vom Grundstücke[41]) *entfernt* sind, kann letzterer *Selbsthülfe* nur noch im gewöhnlichen Umfang gebrauchen[42]). Dagegen kann er die *Herausgabe der Sachen zum Zwecke der Zurückschaffung* auf das Grundstück binnen Monatsfrist seit erlangter Kenntniß der Entfernung von Jedem fordern, bei dem er die Sachen vorfindet[43]). War der Miether schon ausgezogen, so verbindet sich damit der Anspruch auf *Inbesitznahme der Sachen*[41]). § 561 Abs. 2. Dagegen ist der gesammte Anspruch ausgeschlossen gegen einen Dritten, der *auf Grund seines guten Glaubens pfandfreies Eigenthum* an den Sachen erworben hat. Arg. § 936 BGB.

Erfolgte die Entfernung der Sachen vom Grundstück *im Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Miether*, also auf Betreiben

---

36) Selbstverständlich *darf* er auch von der Gerichtshülfe Gebrauch machen, z. B. einen Arrest erwirken und die Sachen pfänden ꝛc. S. §§ 946 ff. CPO.

37) Diese ist nach pfandrechtlichen Grundsätzen regelmäßig verboten.

38) Nachdem das frühere Publizitätsmoment hinweggefallen ist. (Es entsteht jetzt ein gewöhnliches Faustpfandrecht.) — Verwirrend ist es, wenn Manche das Perklusionsrecht des Vermiethers als ein Zurückbehaltungsrecht (Bd. I § 124) bezeichnen. Retention setzt Detention voraus, und der Vermiether hatte niemals den Besitz der Illaten.

39) Nach den Grundsätzen Ziff. 2 u. 3 oben.

40) § 231 BGB. (Verantwortlichkeit ohne Verschulden) ist auf diesen Fall nicht anwendbar. Die Bestimmung ist exceptionell. S. schon oben Bd. I § 109 Note 19 u. Cit. Ebenso *Dernburg* § 229 Ziff. II i. f. A. M. *Oertmann* § 562 Note 2.

41) S. o. Note 20.

42) Also nach §§ 229 ff. BGB. S. o. Bd. I § 122 Ziff. II.

43) S. o. Ziff. 2. Es handelt sich nicht um Verjährung, sondern um eine Frist. Diese wird gewahrt durch *gerichtliche Geltendmachung* des Anspruchs. § 561 i. f. Dafür ist die Natur des Anspruchs von Bedeutung. Es handelt sich nicht um eine persönliche Klage, sondern um die dingliche Pfandklage. S. o. Note 23.

44) Durch den Vermiether. Wie oben lit. a (bei Note 38).

anderer Gläubiger, welche die Sachen gepfändet hatten, so kann der Vermiether[45]) die Rückschaffung auf das Grundstück nicht verlangen. Er muß vielmehr die Zwangsvollstreckung ihren Gang gehen lassen und ist darauf beschränkt, seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der Sachen vor den pfändenden Gläubigern[46]) gegen die letzteren geltend zu machen[47]), ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung schon fällig ist. § 805 CPO. Nach Aushändigung des Erlöses an die pfändenden Gläubiger[48]) ist diese Klage gegenstandslos; der Vermiether hat gegen die letzteren nur noch den Bereicherungsanspruch[49]), falls er beweisen kann, daß ihnen ein Recht auf den Erlös nicht zustand[50]), nicht durch den Nachweis seiner Priorität[51]).

II. Bei der Pacht kommen zwei gesetzliche Pfandrechte vor.

1. Das Pfandrecht des Verpächters an den eingebrachten Sachen des Pächters, auf welches im Allgemeinen die vorstehenden Grundsätze Anwendung finden. § 581 Abs. 2.

Dagegen gelten einige Abweichungen bei der Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke[52]). § 585 BGB. Dieses Pfandrecht erstreckt sich

a) auf die Früchte des Grundstücks, soweit dieselben in's Eigenthum des Pächters[53]) oder seines Substituten[54]) fallen;

b) auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen des Pächters[55]).

c) Ferner dient dieses Pfandrecht zur Sicherung der ganzen

---

45) Bevor er die Sachen schon in eigenen Besitz genommen hatte.

46) Soweit er ihnen vorgeht. S. § 563 BGB. u. oben Ziff. 1b.

47) Interventionsklage im Zwangsvollstreckungsverfahren! Wird die Klage gegen den Schuldner (Miether) und die Gläubiger gleichzeitig gerichtet, z. B. weil der Miether die Forderung des Klägers bestreitet, so sind die Gegner als Streitgenossen (§ 59 CPO.) anzusehen.

48) Durch den versteigernden Gerichtsvollzieher.

49) §§ 812 ff. BGB. S. u. §§ 317 ff.

50) Z. B. wegen Kollusion des Dritten mit dem Miether (Aufstellung erdichteter Forderungen). Vgl. auch die Entsch. in Seuff. Archiv Bd. 43 S. 373, 374 ff.

51) Die Rechte daraus sind verloren. Vigilantibus iura scripta sunt.

52) S. o. § 239. — Bei anderen verbleibt es beim allgemeinen Recht. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 40 S. 27 ff.

53) Trotz der allgemeinen Ausdrucksweise des § 585 versteht sich dies arg. § 559 (s. o Ziff. I) von selbst. S. §§ 956 ff. BGB. Küntzel in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 41 S. 489.

54) Der Substitut, Unterpächter ꝛc., kann nicht mehr Rechte haben als sein Autor; es sei denn, daß er nach der allgemeinen Vorschrift des § 936 BGB. auf Grund seines guten Glaubens die Früchte pfandfrei erwirbt.

55) Im Gegensatz zu oben I Ziff. 1a. Das Citat in § 585 BGB. (alte Fassung) ist zu berichtigen.

Pachtzinsforderung auch im Verhältniß zu dritten Gläubigern, welche die Pfandstücke gepfändet haben[56]), und zwar für Vergangenheit und Zukunft.

2. Bei der Pacht von Grundstücken mit Inventar[57]) hat auch der Pächter ein gesetzliches Pfandrecht, und zwar für alle seine Forderungen, die sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen[58]). Es haften ihm sämmtliche Inventarstücke, soweit sie in seinen Besitz gelangt sind, nach den Regeln des Faustpfandrechts[59]).

Doch kann der Verpächter das Pfandrecht durch Sicherheitsleistung abwenden, sowohl im Ganzen als an einzelnen Pfandstücken[60]). § 590 BGB.

E. Beendigung und stillschweigende Verlängerung.

§ 245.

I. Miethe und Pacht[1]) endigen mit Ablauf der Zeit[2]), für welche sie abgeschlossen worden sind. §§ 564 Abs. 1, 581 BGB. Der Endpunkt kann festbestimmt oder von ungewissen Ereignissen abhängig sein: letzterenfalls endigt die Miethe mit Eintritt der Bedingung[3]). Ueber etwaige Räumungsfristen entscheidet das Landesrecht. S. Art. 93 EG. BGB.[4]).

56) Im Interesse der Landwirthschaft. Hier bleibt oft nicht anderes übrig, als auf längere Zeit zu kreditiren. Künftige Entschädigungsforderungen der Verpächters werden auch hier durch das Pfandrecht nicht gedeckt. Es geht daher zu weit, wenn Dernburg § 229 i. f. sagt, daß der ganze § 559 BGB. hier nicht eingreife.

57) S. o. § 240 Ziff. I, und den älteren Rechtszustand in § 41 Ziff. 3 der alten KO. Auch jetzt gewährt dies Pfandrecht noch ein Absonderungsrecht im Konkurse. S. § 49 Ziff. 2 KO.

58) Also bei Uebernahme ohne Schätzung (oben § 240 I Ziff. 1), wenn der Verpächter die ihm obliegende Ergänzung des Inventars (§ 586 Abs. 2 BGB.) nicht vornimmt. Bei Uebernahme zum Schätzungswerth (oben § 240 I Ziff. 2), wenn sich am Schluß ein Ueberschuß für den Pächter (§ 589 Abs. 3 BGB.) ergibt.

59) Die besonderen des Vermietherpfandrechts finden keine Anwendung. Insbesondere ein dem Perklusionsrecht des Verpächters nachgebildetes Recht des Pächters besteht nicht. Letzterer hat den gewöhnlichen Pfandbesitz und kann sich nach allgemeinen Grundsätzen darin erhalten. S. § 1257 BGB. — Das Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB.) des Pächters bleibt unberührt.

60) Nach den Regeln des § 562 BGB. S. o. I Ziff. 3. — Das Zurückbehaltungsrecht kann durch Bürgschaft niemals ausgeschlossen werden. § 273 Abs. 3.

1) S. o. § 242 Note 1.

2) Also ohne daß es einer Kündigung bedarf. — Im Vertrag kann auch eine feste Kündigungsfrist bestimmt sein; dann endigt das Verhältniß mit dieser Maßgabe.

3) Unter Umständen endigt sie mit Erreichung oder Unmöglichkeit des Zweckes, zu welchem gemiethet wurde. Entscheidend ist der Vertragsinhalt.

4) Vgl. preuß. Ges. v. 4. Juni 1890 u. versch. Ausführungsgesetze.

II. Ebenso endigt das Verhältniß unmittelbar[5]) durch Untergang der Miethsache[6]) und durch Enteignung (falls der Erwerber nicht partikularrechtlich die Miethe wenigstens bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist halten muß)[7]).

III. Abgesehen davon endigt die Miethe durch Kündigung. § 564 Abs. 2. Und zwar hat

1. jede Partei das Kündigungsrecht[8]) unter Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist und unter Umständen gewisser Kündigungstermine[9]). Letztere sind insbesondere bei Grundstücken vorgeschrieben, weil hier der Nutzungswerth nicht beliebig realisirbar ist[10]). Die Kündigungsfristen sind im Anschluß an die Verfallzeiten des Miethzinses verschieden bestimmt. Im Einzelnen ergibt sich:

a) Bei Grundstücken[12]) ist die Miethkündigung im Allgemeinen nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs zulässig. Sie hat spätestens am dritten Werktag des betreffenden Quartals zu erfolgen[13]).

Ist der Miethpreis nach Monaten bemessen[14]), so ist Kündigung für den Schluß des Kalendermonats zulässig, und sie hat spätestens am

5) S. o. § 235 Note 8. Dernburg § 225 Ziff. III.

6) Hat der Vermiether den Grund des Untergangs zu vertreten, so haftet er nach allgemeinen Grundsätzen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Die Beendigung des Verhältnisses bezieht sich nur auf die Zukunft.

7) S. darüber das preuß. Enteignungsgesetz v. 11. Juni 1874 §§ 44, 45. Der Miether ist zu entschädigen. S. daselbst § 11. Ueber die Feststellung der Entschädigung eod. §§ 24 ff. bes. § 29 u. Entsch. d. RG. Bd. 24 S. 205 ff.

8) Ueber Kündigung s. im Allgemeinen oben § 156 Note 12 ff. auch Bd. I § 97 gegen Ende (namentlich über die regelmäßige Unwirksamkeit bedingter Kündigung). Ein in der Kündigung angegebener Grund ist regelmäßig, als bloßes Motiv, gleichgültig.

9) Die Bestimmungen darüber haben sich in der deutschen Gewohnheit und den Partikularrechten entwickelt. S. Immerwahr, Die Kündigung (1897) S. 57, 133 ff. — Vertragliche Abweichungen sind zulässig (s. o. Note 2). — Eine verspätete Kündigung ist regelmäßig ganz unwirksam (sie ist für diesen Termin gewollt und kann nicht ohne Weiteres auf den nächsten bezogen werden, sofern sie nicht in Ansehung der Zeit ganz unbestimmt gehalten ist). Vgl. Planck § 565 Note 2 i. f.

10) Z. B. man vermiethet Wohnungen regelmäßig zum Quartal, Feldgrundstücke nach der Erntezeit ꝛc.

11) Für je längere Zeiträume der Miethzins nach dem Vertrage bemessen ist, um so länger ist die Kündigungsfrist. — Diese Regeln gelten auch, wenn vor vertragsmäßigem Ablauf des Verhältnisses unter Einhalt der gesetzlichen Kündigungsfrist gekündigt werden darf. S. §§ 565 Abs. 4, 595 Abs. 2. S. u. Ziff. 2.

12) Und den ihnen nach § 580 BGB. gleichgestellten Räumen. — Die Räumungsklage kann schon vor Ablauf der Kündigungsfrist erhoben werden. S. § 257 CPO.

13) So wenn der Miethzins nach Jahren (z. B. jährlich 3000 Mark) bemessen ist.

14) Z. B. Zimmermiethe oder Miethe von kleineren Wohnungen (für monatlich 100 Mark u. dgl.).

15. d. M. zu erfolgen. Ist der Miethzins nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung zum Schluß einer Kalenderwoche[15]) vorzunehmen und am ersten Werktage der Woche zu erklären. § 565 Abs. 1.

Ist der Miethzins nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig[16]). § 565 Abs. 3.

Dagegen ist bei der Pacht die Kündigung immer nur für den Schluß eines Pachtjahrs — nicht Kalenderjahrs[17]) zulässig[18]), und sie hat spätestens am ersten Werktag des Halbjahrs zu erfolgen, mit dessen Ablauf die Pacht endigen soll. § 595 Abs. 1.

b) Dieselben Grundsätze gelten auch bei der Pacht von Rechten[19]).

c) Die Miethe und Pacht beweglicher Sachen kann für jeden beliebigen Tag aufgekündigt werden. Die Kündigung hat am dritten Tage vor demjenigen Tage zu geschehen, an dem das Verhältniß endigen soll[20]). § 565 Abs. 2.

War der Entgelt nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig. § 565 Abs. 3[21]).

2. Unter Einhaltung dieser gesetzlichen Kündigungsfristen[22]) und Termine[23]) kann nicht selten schon vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit gekündigt werden[24]). Vgl. §§ 565 Abs. 4, 595 Abs. 2 BGB.

a) Mit dem Ablauf von 30 Jahren[25]), wenn der Vertrag auf

---

15) Die Woche schließt nach dem christlichen Kalender mit Ablauf des Sonnabends. A. M. Planck u. Cosack (§ 137).

16) Z. B. bei Gasthofzimmern u. dgl. Und zwar für das Ende des folgenden Tages (Cosack, Oertmann § 565 Note 1b; a. M. Planck Note 2a), falls nicht durch stillschweigende Bezugnahme auf die Verkehrs-, Ortssitte, Anschläge im Gasthof u. dgl. ein anderes anzunehmen ist.

17) Der 31. Dezember wäre ein sehr unglücklicher Zeitpunkt. Die Pacht wird auf die Erntezeiten zugeschnitten.

18) Ohne Rücksicht auf die Bemessung des Pachtzinses.

19) S. daselbst. — Jedoch mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß die Pacht von Rechten an beweglichen Sachen (z. B. des Nießbrauchs an einer Heerde) nicht mit längerer Frist zu kündigen ist, als die an den Sachen selbst (s. u. lit. c). So schon die Motive Bd. 2 S. 428.

20) Es endigt mit Ablauf des betreffenden Tages. Cosack, Oertmann a. a. O. A. M. Planck § 565 Note 2b.

21) Vgl. o. Note 16.

22) Im Gegensatz zu den Fällen, da ohne Kündigungsfrist gekündigt werden kann. S. u. Ziff. 3.

23) Die Grundstückspacht und Pacht von Rechten endigt regelmäßig erst mit dem Schluß des Pachtjahrs (abgesehen von Note 19). Dadurch werden zweckmäßig die Weiterungen abgeschnitten, die sich aus der Lösung des Pachtverhältnisses im Laufe eines Wirthschaftsjahrs ergeben würden.

24) Die Fälle sind zum Theil schon anderweitig besprochen. Hier erfolgt nur eine kurze Zusammenstellung.

25) Dann erst kann gekündigt werden! Das Verhältniß dauert dann noch bis zum nächsten gesetzlichen Kündigungstermin (Schluß des Kalendervierteljahrs, Ablauf des Pachtjahrs u. dgl.).

längere Zeit abgeschlossen war. Das Kündigungsrecht hat jede Partei[26]). Es fehlt, wenn der Vertrag für die Lebensdauer einer der Parteien geschlossen war[27]). § 567.

b) Mit dem Tode des Miethers haben sowohl seine Erben als der Vermiether das Kündigungsrecht[28]); bei der Pacht nur die Erben (nicht der Verpächter). §§ 569, 596 Abs. 2[29]). Mehrere Erben haben das Kündigungsrecht nur gemeinschaftlich[30]). Haben mehrere Personen zusammen gemiethet ꝛc., so gibt der Tod eines oder einiger von ihnen den anderen kein Kündigungsrecht. Dies muß, mangels anderweitiger Abmachung im Vertrage, auch dann gelten, wenn Mann und Frau zusammen gemiethet haben[31]). — Uebrigens kann die Kündigung in diesen Fällen nur für den ersten nach Ziff. 1 zulässigen Termin erfolgen. Es soll sobald als möglich feststehen, ob das Verhältniß fortgesetzt wird oder nicht.

c) In ähnlicher Weise können Militärpersonen, öffentliche Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten[32]) bei Versetzung[33]) nach einem anderen Orte[34]) das Mieth-

---

26) Der Grundsatz ist öffentlicher Ordnung; er hängt mit der modernen Beseitigung der Erbunterthänigkeit zusammen.

27) An Stelle des Lebensdurchschnitts tritt die wirkliche Lebensdauer.

28) An sich besteht die Miethe fort. Da aber der Erbe vielfach die Sache nicht mehr gebrauchen kann, dem Vermiether oft nicht zuzumuthen ist, sie den Erben zu lassen, so ist ein außerordentliches Kündigungsrecht (entsprechend dem Preuß. A.LR. I Tit. 21 §§ 344, 371 ff.) eingeführt. — Der Tod des Vermiethers und Verpächters gibt keinerlei Kündigungsrecht.

29) Dies genügt bei der Pacht wegen des eigenen Interesses des Pächters an ordnungsmäßiger Behandlung des Pachtobjekts (sonst zieht er keine Früchte). Der Erbe seinerseits muß kündigen können, da er vielleicht der nothwendigen Kenntnisse ermangelt.

30) Nach erbrechtlichen Grundsätzen. § 2038 Abs. 1 BGB. Ueber das Kündigungsrecht des Nachlaßkonkursverwalters s. u. lit. d. — Ebenso können mehrere Vermiether nur zusammen kündigen.

31) So ausdrücklich Mot. Bd. 2 S. 416. Entgegenstehende Abänderungsanträge wurden in den Kommissionen abgelehnt. Das Gesetz ist somit klar. Es ist aber auch nicht unbillig. Denn wie die Ehefrau nicht kündigen kann, so kann auch ihr die Miethe nicht gekündigt werden. Und will man das Kündigungsrecht im Fall des Textes auch gegen den Mann zulassen, wenn die Frau stirbt?! Zustimmend Planck § 569 Note 3; Oertmann Note 2; Enneccerus § 265 III Ziff. 3. A. M. Dernburg § 221 Note 8.

32) Ueber diese Personen s. schon oben § 199 i. f. S. auch Fuld S. 159.

33) Auch wenn die Versetzung auf ihren Antrag erfolgte. Entsch. d. RG. Bd. 21 S. 283. Auch bei Berufung von Universitätsprofessoren. — Um so mehr wird § 570 BGB. anwendbar sein, wenn der Miether sein öffentliches Amt wechselt, aus dem Landes- in den Reichsdienst tritt und umgekehrt (z. B. wenn ein Offizier Postdirektor wird); dagegen nicht, wenn ein Beamter sich einfach pensioniren läßt oder sonst sein Amt verliert. Der Berufswechsel ist eine Versetzung in höherer Potenz, der Amtsverlust ist eine solche in keinem Sinne. Im ersteren Falle muß der Beamte umziehen, wenn die Vorschrift in Frage kommt, im

verhältniß kündigen in Ansehung derjenigen Räume[35]), die sie für sich oder ihre Familie an dem bisherigen Garnison- oder Wohnort gemiethet haben[36]). Für Pacht gilt dies nicht. §§ 570, 596 Abs. 3. Auch diese Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie nach offizieller Kenntniß[37]) der Versetzung (nach Ziff. 1) zulässig ist.

d) Wenn der Miether oder Pächter in Konkurs fällt[38]), so ist zu unterscheiden, ob ihm der Mieth- oder Pachtgegenstand im Augenblicke der Konkurseröffnung schon zum Gebrauch ꝛc. überlassen war oder nicht.

α. War die Ueberlassung bereits erfolgt, so ist die Behandlung wie in den vorigen Fällen. Es kann beiderseits unter Einhaltung der gesetzlichen Frist gekündigt werden, also sowohl vom Vermiether wie vom Konkursverwalter. Kündigt der Verwalter, so hat der Vermiether ein Recht auf Schadensersatz, das er als Konkursforderung geltend machen kann[40]). § 19 KO.

β. War zur Zeit der Konkurseröffnung noch keine Ueberlassung an den Gemeinschuldner erfolgt, so hat der Vermiether ein einfaches Rücktrittsrecht von dem Vertrage[41]). § 20 Abs. 1 KO. Auf Erfordern des Konkursverwalters muß er ihm darüber ohne Verzug[42]) seine Entscheidung erklären. Unterläßt er dies, so verliert er sein Rücktrittsrecht, und der Verwalter kann nach den allgemeinen Regeln[43]) das Geschäft zur Masse ziehen (also erfüllen und vom Gegner Erfüllung verlangen) oder nicht. Darüber kann jetzt der Gegner unverzügliche Erklärung fordern[44]). Wegen der Nichterfüllung kann nach allgemeinen Grund-

---

letzteren braucht er nicht umzuziehen. S. (in diversem Sinne) Dernburg § 226 Ziff. V; Oertmann Note 4 u. A.

34) Dies wird verkehrsmäßig, nicht ausschließlich politisch zu verstehen sein (z. B. bei Vororten).

35) Nicht blos der Wohnräume, sondern auch z. B. Laboratorien, Pferdeställe ꝛc.

36) Ein nebenbei gepachteter Obst- oder Gemüsegarten fällt nicht darunter. Dagegen ist der gewöhnliche Hausgarten gemiethet, nicht gepachtet. S. o. § 234 Note 11 u. 13.

37) Eine lediglich private kommt nicht in Betracht.

38) Ueber den Konkurs des Vermiethers und Verpächters s. o. § 243 Ziff. III. — Die hier in Rede stehenden Rechte können vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

39) Hier wie im Folgenden ist darunter auch der Verpächter zu verstehen.

40) Entsch. d. RG. Bd. 18 S. 271. Ebenso beim Nachlaßkonkurs.

41) Nach § 349 BGB. Eine Kündigungsfrist ist also nicht einzuhalten.

42) D. h. ohne schuldhaftes Zögern. Entsprechend Bd. I § 111 Note 19.

43) Ueber unerfüllte gegenseitige Verträge. § 17 KO.

44) Wie oben. Unter dem Präjudiz, daß andernfalls der Verwalter auf der Erfüllung nicht bestehen kann.

sätzen Schadensersatz verlangt und dieser als Konkursforderung angemeldet werden. §§ 20 Abs. 2, 26 KO.

e) Ueber das Kündigungsrecht des Erwerbers von Grundstücken in der Zwangsvollstreckung und im Konkurse über das Vermögen des Vermiethers und Verpächters s. o. § 243 Ziff. II u. III;

f) über dasjenige des Miethers (nicht des Pächters) wegen grundloser Verweigerung der Gebrauchsabtretung an einen Dritten, oben § 241 Ziff. 2 b.

3. Schließlich kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden

a) seitens des Miethers und Pächters wegen nicht rechtzeitiger Gewährung oder Wiederentziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs. §§ 542 ff. BGB.[45]). Ferner wegen erheblicher Ungesundheit der vermietheten Wohnung oder eines anderen zum Aufenthalt von Menschen bestimmten Raumes, nach § 544 BGB.[46]);

b) seitens des Vermiethers und Verpächters[47]) wegen vertragswidrigen Gebrauchs im Sinne des § 553, und wegen Verzugs der Zinszahlung für zwei aufeinanderfolgende Termine. § 554 BGB.[48]).

IV. Nicht selten setzt der Miether oder Pächter nach Ablauf des Verhältnisses[49]) den Gebrauch bezw. die Nutzung des Gegenstandes fort. Dies hat zunächst nur Entschädigungsfolgen. §§ 557, 597 BGB.[50]). Es kann jedoch darin die Absicht liegen, das ganze Verhältniß fortzusetzen (relocatio tacita), und diese Fortsetzung wird vom Gesetz begünstigt[51]). Demgemäß bedarf es keiner besonderen Erklärung des Verlängerungswillens; sondern dieser wird als vorhanden angesehen[52]), wenn nicht binnen 2 Wochen[53]) von der einen oder anderen

45) S. o. § 235 II Ziff. 2 u. § 236.

46) S. o. § 236 Note 45.

47) Derselbe hat einen im Voraus eingezogenen Mieth- oder Pachtzins nach § 347 BGB. zurückzuerstatten. — Auch der Fall § 20 KO. (s. o. bei Note 41) ist ein verwandter.

48) S. o. § 237 Ziff. 1 u. 2.

49) Nach Ablauf der festen Vertragszeit (Ziff. I) oder der Kündigungsfrist (Ziff. III).

50) S. darüber oben §§ 237 Ziff. 3a, 238 i. f.

51) Der Verkehrsauffassung gemäß. — S. schon im röm. Recht l. 13 § 11, l. 14 Dig. locati 19, 2, jedoch mit mancherlei Streitfragen; dann Code Nap. Art. 1738, 1759 u. Sächs. GB. § 1218. Beschränkter Preuß. ALR. I Tit. 21 §§ 325 ff.

52) Es muß aber die Möglichkeit einer entgegenstehenden Willenserklärung vorhanden, also z. B. die Partei nicht geisteskrank und ohne Vormund sein. Cosack § 137 I Ziff. 6; Oertmann § 568 Note 3.

Seite dem Gegner eine Mittheilung gemacht wird[54]), woraus der entgegenstehende Wille des Erklärenden erhellt[55]). Die Frist beginnt für den Miether (Pächter) mit der Fortsetzung des Gebrauchs; — für den Vermiether (Verpächter) mit Kenntniß der Fortsetzung.

Ist kein Widerspruch erfolgt, so läuft der Vertrag unter den alten Bedingungen[56]) weiter; nur nicht in Ansehung der Zeit. Vielmehr ist der Vertrag nunmehr von unbestimmter Dauer: es kann also (nach Ziff. III oben) von jeder Seite gekündigt werden. § 568 BGB.[57]).

II. Die Leihe*.

§ 246.

I. Begriff. Die Leihe ist unentgeltliche Gestattung des Gebrauches einer Sache an einen Anderen (den Entleiher). § 598 BGB.

1. Durch die Gebrauchsüberlassung steht das Geschäft der Miethe nahe; durch die Unentgeltlichkeit bildet es einen Gegensatz zu ihr, ähnlich wie die Schenkung zum Kaufe[1]).

a) Der Leihevertrag geht nicht auf Gebrauchsgewährung im Sinne eines Einstehens des Verleihers für die Möglichkeit des vertragsmäßigen Gebrauchs und eine dementsprechende Gewährleistungspflicht[2]).

---

53) Berechnung der Frist gemäß Bd. I § 120 von den sogleich bezeichneten Momenten ab.

54) Der Widerspruch ist empfangsbedürftige Willenserklärung. Bd. I § 88. Uebrigens kann die Verlängerung schon im ursprünglichen Vertrage ausgeschlossen sein.

55) Es braucht kein eigentlicher Widerspruch (Protest) zu sein; sondern es genügt eine Erklärung jeder Art, welche implicite den Willen, die Miethe nicht zu verlängern, kundgibt: z. B. Anzeige an den Miether, die Wohnung sei wiedervermiethet. S. auch Note 56.

56) Auch hinsichtlich des Entgelts. Daher ist es nicht Einwilligung in die Verlängerung, sondern Widerspruch gegen dieselbe, wenn der Vermiether den Miether steigert. — Ein im ursprünglichen Vertrag vereinbartes Vorkaufsrecht kann noch geltend gemacht werden. Entsch. d. RG. Bd. 34 S. 341.

57) Hatte eine Erklärung gegen die Fortsetzung des Vertrages stattgefunden, oder war eine solche wegen der in Note 52 erwähnten Momente unterblieben, oder die Verlängerung im ursprünglichen Vertrage ausgeschlossen, so verbleibt es bei §§ 557, 597 BGB. S. o. Note 50 u. Cit.

*) Vgl. Schollmeyer § 7; Dernburg §§ 230 ff.; Endemann I § 138; Cosack § 141; Mathiaß I § 120; Enneccerus §§ 271 ff.

1) S. darüber schon den Eingang des § 234 oben. — Auf das Wesen, nicht auf den Wortlaut des Vertrages kommt es an. Der Verkehr spricht nicht selten von „leihen", wo Miethe oder Darlehen gemeint ist. Z. B. Leihbibliothek, Leihhäuser.

2) Wie bei der Miethe nach §§ 235, 236 oben. — Der Unterschied wird von Dernburg § 231 II Ziff. 1 den Worten, aber nicht der Sache nach geleugnet.

Die Pflichten des Verleihers sind wesentlich geringere, wie sich schon aus der Unentgeltlichkeit des Vertrages ergibt[3]).

b) Die aus dem Leihevertrag entspringenden Verpflichtungen beginnen erst, wenn dem Entleiher wirklich der Gebrauch der Sache überlassen ist. Der Leihevertrag ist ein Vertrag auf Rückgabe[4]). Allerdings kann man sich auch im Voraus zur Verleihung einer Sache verpflichten; aber im Leben ist dies nicht häufig. Dem Leiheversprechen fehlt meist der rechtlich bindende Charakter[5]). Ist die bindende Absicht aber vorhanden, so ist der Vertrag als bloßer Vorvertrag anzusehen[6]).

2. Man kann bewegliche und unbewegliche Sachen verleihen, indem man daran den Gebrauch verstattet[7]). Gewöhnlich bezieht sich das Geschäft auf Mobilien. Der Besitz muß nicht stets auf den Entleiher übertragen werden; doch ist dies oft von selbst mit der Gebrauchsgestattung verbunden[8]). Immer bezieht sich das Geschäft auf individuelle Sachen[9]). Ist die Sache verbrauchbar, so darf der überlassene Gebrauch kein solcher sein, welcher die Sache aufzehrt[10]); ist der Verkehr an ihr beschränkt, kein solcher, der mit der öffentlichen Bestimmung der Sache in Widerspruch steht[11]).

---

3) Aehnlich wie bei der Schenkung, wo die Haftung des Schenkers auch beschränkt ist. S. u. II Ziff. 2.

4) S. o. § 167 Ziff. III bes. Note 23.

5) Die Verpflichtungsabsicht. S. o. § 141.

6) § 598 ist zweifelhaft (viel deutlicher ist das Gesetz beim Darlehen: s. §§ 607, 610 BGB.). Dafür spricht das früher Gesagte und die Geschichte des Instituts, von der wir, da innere Gründe für sie sprechen, nicht willkürlich abzuweichen haben. — Praktische Folgen hat die Streitfrage kaum, da auch beim Vorvertrag die Haftung des Schuldners zweifellos auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt bleiben muß (arg. § 599 BGB.). Ebenso braucht der Schuldner die Sache nicht zu geben, wenn er resp. seine Erben sie nach § 605 eod. sofort wieder zurückfordern könnten (dolo facit qui petit quod redditurus est). Zustimmend Dernburg § 230 II; Endemann, Mathiaß, Enneccerus § 271 Ziff. 2; Planck, Oertmann vor § 598. A. M. Cosack § 141 III.

7) Z. B. ein Grundstück zum Fußballwettspiel u. dgl. — Das Eigenthum an den verliehenen Sachen bleibt unverändert, — es liege denn fiduziarische Eigenthumsübertragung vor (s. o. Bd. I § 76 Ziff. I).

8) In dieser Beziehung gelten dieselben Grundsätze wie bei der Miethe. S. o. § 235 Note 2 ff. — Das Wichtigste ist, daß heute der Entleiher als solcher Besitzer sein kann (daß er nicht wie im röm. Recht auf bloße Detention beschränkt ist). Der Entleiher hat also die Vortheile aus dem Besitz, z. B. bei entliehenen Mobilien aus § 986 Abs. 2 BGB. (wie bei der Miethe, s. o. § 242 Ziff. 2), ohne daß daraus ein dingliches Recht folgt.

9) Wenn auch vielleicht auf eine an sich vertretbare Sache (z. B. ein Buch). Es wird darüber als über ein Individuum kontrahirt. Andernfalls liegt Darlehen vor. So können sogar Geldstücke geliehen werden.

10) Z. B. sie wird ad pompam geliehen. S. schon l. 3 § 6, l. 4 Dig. commodati 13, 6.

Denkbar ist auch, daß Rechte einem Anderen zum Gebrauche überlassen werden, z. B. ein Urheberrecht (Patentrecht). Eine wahre Leihe ist dies nach § 598 nicht, aber ihr entsprechend zu behandeln[12]).

3. Dagegen geht die Leihe wesentlich nur auf Gebrauch, nicht auf Fruchtziehung. Wäre dem „Entleiher" die Gewinnung der ganzen Nutzung überlassen, so bekommt das Geschäft einen gemischten Charakter[13]).

a) Die Art des Gebrauchs ergibt sich aus dem Vertrage. Auch hier ist also dem Entleiher nur der vertragsmäßige Gebrauch gestattet[14]).

b) Selbstverständlich ist die Benutzung auf Zeit beschränkt[15]). Ist die Zeit nicht besonders festgesetzt, so ergibt sie sich häufig aus dem Zweck, zu welchem geliehen ist[16]). § 604 Abs. 2. Dem Entleiher ist dann regelmäßig der Gegenstand solange zu belassen, als zur Erreichung des betreffenden Zweckes erforderlich ist. Abgesehen davon kann jederzeit zurückgefordert werden. § 604 Abs. 3[17]).

4. Wesentlich ist die Unentgeltlichkeit, also die Abwesenheit von Gegenleistungen. Der Grund der Leihe ist regelmäßig, wie bei der Schenkung, gleichgültig[18]). Doch verträgt auch die Leihe „Auflagen" an den Empfänger, ohne daß das Geschäft dadurch seinen Charakter verliert[19]).

---

11) Wie bei der Miethe. S. o. § 234 Ziff. 4. — Ebenso können fremde Sachen verliehen werden. Ob der Verleiher sich dadurch verantwortlich macht, ist eine andere Frage. Gegenüber dem Entleiher haftet er in dieser Beziehung nur nach § 600 BGB. S. u. Ziff. II gegen Ende. Eigene Sachen kann man nur unter denselben Voraussetzungen wie bei der Miethe leihen. S. o. § 234 Note 35.

12) Dernburg § 230 Ziff. III; Oertmann vor § 598 Note 1b.

13) Z. B. bei Ueberlassung eines Jagdrechts zur unentgeltlichen Gewinnung der gesammten Ausbeute u. dgl. Zufolge des Leihevertrags würden die Früchte herauszugeben sein. S. auch l. 38 § 10 Dig. de usur. 22, 1. Preuß. A.LR. I Tit. 21 § 288 ff. Mot. Bd. 2 S. 449.

14) Wie bei der Miethe. S. o. § 237. Z. B. wer eine Sache blos zur Benutzung geliehen erhalten hat, darf sie nicht verpfänden. Es kann aber auch zur Verpfändung geliehen sein (z. B. Werthpapiere). Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 13 S. 127 ff. — Daß der Entleiher die wirthschaftliche Bestimmung der Sache nicht verändern darf, ergibt sich wohl meist als selbstverständlich; abgesehen davon, daß der Entleiher (wegen der regelmäßig kürzeren Dauer des Verhältnisses) dazu wohl seltener in die Lage kommt.

15) S. o. § 234.

16) Während bei der Miethe der Zweck nur in seltenen Fällen rechtlich in Betracht kommt. S. o. § 245 Note 8.

17) Das röm. precarium (s. auch Preuß. A.LR. I Tit. 21 § 231) ist daher in der Leihe aufgegangen.

18) Grund im Rechtssinn ist die Unentgeltlichkeit. Alles andere ist Motiv. — Oft liegt in der Leihe eine Begünstigung (Freundschaft 2c.). Es kommt aber auch vor, daß man im eigenen Interesse verleiht, z. B. Kleider an seine Untergebenen.

19) Z. B. das entliehene Pferd ist täglich zu bewegen. Dies ist entsprechend

5. Ueberhaupt wird aus der Leihe nicht blos der Empfänger verpflichtet. Aber die Verpflichtungen des Verleihers[20]) charakterisiren nicht das Geschäft, enthalten keine Gegenleistung und machen den Vertrag nicht zu einem gegenseitigen[21]). Die Besonderheiten der letzteren finden also auf das Geschäft keine Anwendung[22]).

II. Verpflichtungen der Parteien.

1. Verpflichtungen des Entleihers.

a) Der Entleiher darf nur den vertragsmäßigen Gebrauch von der geliehenen Sache machen, also sie nur so benutzen wie sie verliehen ist[23]). In diesem Rahmen hat er Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache nicht zu vertreten. §§ 602, 603 S. 1 BGB. Vertragswidrig ist es auch, wenn der Entleiher ohne besondere Erlaubniß[24]) den Gebrauch des entliehenen Gegenstandes einem Anderen überläßt. § 603 S. 2. Die Leihe enthält eine persönliche Vergünstigung.

Wegen vertragswidrigen Gebrauchs[25]) sowie wegen sonstiger schuldhafter Behandlung der Sache haftet der Entleiher auf vollen Schadensersatz[26]). Aus diesem Gesichtspunkt denn auch auf gehörige Obhut[27]). Danach beurtheilen sich alle Detailfragen: z. B. ob der Entleiher bei gemeinsamer Gefahr der Sachen die Rettung der eigenen bevorzugen darf[28]); ob er beim Hervortreten von Mängeln oder sonstigen Zufällen dem Verleiher Anzeige zu machen hat[29]).

der Auflage bei freigebigen Zuwendungen zu konstruiren. S. o. Bd. I § 78 Note 11 ff. Zustimmend Dernburg § 231 Note 5; Cosack § 141 Ziff. I; Enneccerus § 272. Irrig Planck § 598 Note 6, der die Möglichkeit des Nebenzwecks bei der Leihe bestreitet.

20) S. über diese unten II Ziff. 2.

21) Auf sie geht römisch nur eine actio contraria. S. o. § 167 Ziff. I bes. Note 3.

22) Z. B. die Einrede des nichterfüllten Vertrages, das Rücktrittsrecht wegen mangelnder Vertragserfüllung nach §§ 325 ff. BGB.

23) Insbesondere zu dem geliehenen Zwecke. S. o. I Ziff. 3b.

24) Die Erlaubniß kann im Vertrage ertheilt sein. Andernfalls muß sie später eingeholt werden. Es gilt entsprechend das oben § 241 Gesagte.

25) Weil dieser als solcher unerlaubt ist, haftet der Entleiher auch für den Zufall, der die Sache dabei betrifft, sofern die Sache beim vertragsmäßigen Gebrauch wohlbehalten geblieben wäre.

26) Arg. § 550 BGB. wird der Entleiher auch auf Unterlassung klagen können.

27) Entsprechend oben § 237 zu Note 17. Der Entleiher haftet für jede Fahrlässigkeit, auch für das Verschulden seiner Leute beim Gebrauch der Sache. S. §§ 276, 278 BGB. Ebenso, werden wir annehmen, auch für den, welchem er den Gebrauch der Sache überlassen hatte.

28) Aeltere Gesetze enthielten hierüber kasuistische Bestimmungen. S. l. 5 § 4 Dig. comm. 13, 5; Preuß. A.LR. I Tit. 21 § 250.

29) Dies ist regelmäßig zu bejahen. Das oben § 237 Note 20 ff. Gesagte

Bei vertragswidrigem Gebrauch der Sache oder erheblicher Gefährdung derselben durch nachlässige Behandlung[30]) kann der Entleiher das Verhältniß kündigen und die verliehene Sache ohne Weiteres zurückfordern[31]) § 605 Ziff. 2 BGB.

b) Als Korrelat des unentgeltlichen Gebrauchs hat der Entleiher die gewöhnlichen Erhaltungskosten der geliehenen Sache während der Leihezeit — einschließlich bei Thieren der Fütterungskosten[32]) — zu tragen. § 601 Abs. 1 BGB[33]).

Im Uebrigen ist die Behandlung von Aufwendungen, die der Entleiher auf die Sache gemacht hat, dieselbe wie bei der Miethe: nur daß mangels besonderer Festsetzungen auch hinsichtlich der nothwendigen Verwendungen (soweit nicht der Entleiher sie zu tragen hat) die Grundsätze der auftraglosen Geschäftsführung zur Anwendung kommen. § 601 Abs. 2. Denn bei dem beschränkten Leihezweck liegt es keineswegs immer im Interesse des anderen Theils, ihm die Besorgung selbst nothwendiger Maßregeln vorwegzunehmen. Um so mehr gilt dies wegen anderer Verwendungen[34]). Eine mit der Sache verbundene Einrichtung darf der Entleiher (unter Beobachtung der allgemeinen Vorschriften) hinwegnehmen[35]).

c) Am Schluß der Leihezeit hat der Entleiher die Sache dem Verleiher zurückzugeben[36]). § 604 Abs. 1. Und zwar in dem Zustand,

---

wird entsprechend anwendbar sein. — Maßt sich ein Dritter ein Recht an der Sache an, so ist die Anzeige (eventuell laudatio auctoris: § 76 CPO.) das Hauptmittel für den Entleiher, um die Sache petitorisch zu schützen.

30) Entsprechend oben § 237 Note 33. Das Rückforderungsrecht geht nach § 604 Abs. 4 BGB. auch direkt gegen den, dem der Entleiher den Gebrauch der Sache überlassen hatte.

31) Bei der Leihe bestehen keine Kündigungsfristen. Zwischen normaler und anormaler Vertragsauflösung ist in dieser Hinsicht kein Unterschied zu machen. — Einer besonderen Abmahnung des Entleihers (wie nach § 553 BGB.) bedarf es hier nicht.

32) In dieser Hinsicht entspricht die Bestimmung den Verpflichtungen des Miethers (§ 547 Abs. 1). Im Uebrigen hat Miether die Erhaltungskosten nicht zu tragen.

33) So schon im röm. Recht (vgl. l. 18 § 2 Dig. commodati 13, 6). Der Sinn ist nicht nur, daß der Entleiher wegen dieser Aufwendungen keinen Ersatz verlangen kann, sondern daß er geradezu zu ihrer Vornahme verpflichtet ist.

34) Ueber das Detail vgl. o. § 235 Ziff. I i. f. und die Grundsätze der nützlichen Geschäftsführung (§§ 254 ff.). — Soweit ein Ersatzrecht vorhanden ist, besteht dieserhalb auch ein Zurückbehaltungsrecht. § 273 BGB. (Auch bei Grundstücken. § 556 Abs. 2 BGB. ist hier nicht anwendbar.)

35) S. § 258 BGB. u. oben § 151 Ziff. III.

36) Soweit er empfangen hatte (s. o. Note 8). Bewegliche Sachen sind dem Verleiher zurückzubringen. Dies folgt (arg. § 269 BGB.) aus der Natur des Schuldverhältnisses. So auch Dernburg § 231 Note 6; Oertmann § 604 Note 2.

in dem sie sich bei vertragsmäßiger Benutzung und schuldiger Obhut befindet. Früchte, Zuwachs und sonstiger aus der Sache gezogener Gewinn ist mitherauszugeben[37]); nicht aber ein vom Entleiher anderweit durch den vertragsmäßigen Gebrauch gemachter Gewinn[38]). Für Fehlendes ist nach den obigen Grundsätzen Ersatz zu leisten[39]).

Hatte der Entleiher den Gebrauch der Sache[40]) einem Dritten überlassen, so kann der Verleiher sie nach Beendigung der Leihe[41]) auch unmittelbar vom Dritten zurückfordern[42]). § 604 Abs. 4.

Gegen den Rückgabeanspruch sind ähnliche Einwendungen wie bei der Miethe zulässig[43]).

2. Verpflichtungen des Verleihers[44]).

a) Der Verleiher hat während der Vertragszeit dem Entleiher den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache zu gestatten[45]), d. h. für seine Person Alles zu unterlassen, was diesen Gebrauch zu stören geeignet ist[46]). Insbesondere darf er dem Entleiher die Sache nicht vorzeitig wieder wegnehmen. Wird diesem der vertragsmäßige Gebrauch durch den mangelhaften Zustand der Sache oder durch Mängel im Rechte des Verleihers entzogen oder beeinträchtigt, so ist der Verleiher dafür nur verantwortlich[47]), wenn er den Mangel arglistig verschwieg[48]). § 600. Im Fall der Arglist haftet er für

37) Es liege denn die oben bei Note 13 erwähnte Ausnahme vor. — War Mehreren geliehen, so haften sie für das Empfangene als Gesammtschuldner. § 431 BGB.

38) S. die Grundsätze oben § 144.

39) S. lit. a. — Der Ersatzanspruch des Verleihers wegen Veränderung oder Verschlechterung der Sache (nicht im Uebrigen) verjährt binnen 6 Monaten vom Rückempfang der Sache. § 606 BGB. (vgl. § 558).

40) Denselben oder einen anderen Gebrauch (auch z. B. blos zur Ansicht der Sache). — Befugter oder unbefugterweise (vgl. § 603 S. 2 BGB.).

41) War die Sache dem Dritten unbefugterweise überlassen, so gibt diese Vertragswidrigkeit einen Grund für die Beendigung ab. S. § 605 Ziff. 2 BGB. u. oben lit. a.

42) S. dazu die Bemerkungen oben § 237 Note 47.

43) S. o. § 237 Noten 42 ff.

44) Geltend zu machen durch Klage (actio commodati contraria) ꝛc., aber auch durch Zurückbehaltung der geliehenen Sache (gemäß § 273 BGB.).

45) S. dazu oben Note 2 ff.

46) Der Unterschied gegen die Miethe ergibt sich aus einer Vergleichung mit oben § 235 Ziff. I. Der Verleiher muß z. B. den geliehenen, ihm wieder zugelaufenen Jagdhund dem Entleiher, der ihn abholt, wieder herausgeben, keineswegs aber die entliehene Sache die ganze Leihezeit hindurch in einem zum Gebrauch geeigneten Zustand erhalten ꝛc.

47) Folglich braucht der Verleiher den Entleiher auch nicht wie ein Vermiether vor dem Rechtsangriff dritter Personen zu schützen.

48) Dies entspricht den Grundsätzen der Schenkung (s. o. § 231 Ziff. 5 u. 6: dort auch über den Begriff der Arglist in diesem Falle). S. schon l. 18 § 3, l. 22 Dig. commodati 13, 6; Code Nap. Art. 1891.

den gesammten aus dem Verschweigen des Mangels entstehenden Schaden[49]).

b) Weil die Leihe wesentlich im Interesse des Entleihers besteht, hat der Verleiher nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit einzustehen[50]). § 599[51]).

c) Wegen der Ersatzpflicht von Verwendungen aus dem Gesichtspunkt nützlicher Geschäftsführung s. schon oben Ziff. 1b[52]).

III. Beendigung der Leihe.

1. Die Leihe endigt mit Ablauf der Zeit[53]), für welche der Vertrag abgeschlossen ist. § 604 Abs. 1.

2. Dem wird gleichgestellt der Fall, da eine Sache zu bestimmtem Zweck verliehen worden ist[54]). Aus diesem Zweck ergibt sich nach allgemeinen Verkehrs- und Lebensgrundsätzen eine gewisse Zeit des Gebrauchs. Die Leihe endigt hier

a) wenn der Entleiher den bezeichneten Gebrauch gemacht hat; resp.

b) wenn er ihn nicht gemacht hat[55]), mit Ablauf der zu dem Gebrauch erforderlichen Zeit[56]). § 604 Abs. 2.

3. Fehlen derartige Anhaltspunkte, so kann die Leihe jederzeit aufgehoben, also die Sache zurückgefordert werden, und zwar ohne Kündigungsfrist. § 604 Abs. 3.

4. Vorzeitig, d. h. vor Ablauf der vertragsmäßigen Leihe-

---

49) S. o. § 151. — Unter Umständen folgt übrigens eine gleiche Ersatzpflicht auch bei bloßer Fahrlässigkeit des Verleihers aus den Grundsätzen der unerlaubten Handlungen. S. u. §§ 824 ff. Z. B. er verleiht morsches Holz zum Bau eines Gerüstes, auf dem nachher viele Menschen verunglücken.

50) Mangels anderweitiger Abrede. Dies entspricht den Grundsätzen der Schenkung (s. o. § 231 Ziff. 2) und ist altes Recht. Im gleichen Umfang haftet der Verleiher gemäß § 278 BGB. für seine Gehülfen ꝛc.

51) § 599 läßt sich nicht (mit Dernburg § 231 II Ziff. 2) hinwegdeuten für den Fall, daß die Leihe im Interesse des Verleihers geschah. — Wohl kann der Geber aus anderen Gründen (der besonderen Art des Vertrags, Delikt) auch für leichte Fahrlässigkeit haften.

52) Die Ersatzansprüche des Entleihers wegen Verwendungen, soweit sie stattfinden, sowie der Anspruch auf Wegnahme einer mit der geliehenen Sache verbundenen Einrichtung (§ 601 BGB.) verjährt in 6 Monaten nach Beendigung der Leihe. Nicht die eventuellen sonstigen Ansprüche des Entleihers! § 606 BGB. (vgl. § 558).

53) Vgl. o. § 245 Ziff. I (wie die Miethe). Selbstverständlich endigt die Leihe auch mit Untergang der verliehenen Sache, entsprechend Ziff. II daselbst.

54) Z. B. ein Buch zum Lesen oder zum Abschreiben, ein Bild zum Kopiren; gewisse Utensilien zur Mitnahme auf einer Reise.

55) Oder ihn nicht vollendet hat.

56) In welcher der Gebrauch nach obigen Grundsätzen hätte gemacht werden können. — Hiernach kann die verliehene Sache also zurückgefordert werden.

zeit, kann die Leihe vom Entleiher jederzeit[57]), — vom Verleiher in folgenden Fällen aufgekündigt werden[58])

a) wenn er in Folge eines beim Abschluß des Vertrages nicht vorhergesehenen[59]) Umstandes der Sache bedarf[60]);

b) wegen vertragswidrigen Gebrauchs durch den Entleiher oder erheblicher Gefährdung durch nachlässige Behandlung[61]);

c) wegen Todes des Entleihers[62]). § 605.

Drittes Kapitel.

Darlehen. Renten.

I. Das Darlehen*.

§ 247.

A. Begriff.

Werden vertretbare Sachen (Geld, Werthpapiere, Getreide ꝛc.) mit der Maßgabe verliehen, daß der Entleiher dereinst nicht dieselben Sachen, sondern nur Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückerstatten soll[1]), so liegt ein Darlehen vor. § 607 Abs. 1 BGB[2]).

---

57) Arg. §§ 271 Abs. 2, 609 Abs. 3 BGB.

58) Ohne Kündigungsfrist. Die Sache kann also unmittelbar zurückgegeben resp. zurückgefordert werden.

59) Nicht unvorhersehbaren! Der Verleiher ist auch in dieser Hinsicht nicht zur Sorgfalt verpflichtet.

60) Bei der Miethe ist dieser Endigungsgrund durch das Bürgerliche Gesetzbuch beseitigt. Vgl. l. 3 Cod. de loc. 4, 65; Preuß. A.L.R. I Tit. 21 §§ 235 ff.; Code Nap. Art. 1889.

61) S. schon oben II Ziff. 1a gegen Ende. Dazu gehört auch die unbefugte Ueberlassung der Sache an einen Dritten.

62) Die Leihe ist ein persönliches Vertrauensverhältniß. — Der Tod des Verleihers beendigt das Verhältniß nicht.

*) v. Schey, Die Obligationsverhältnisse d. österr. Privatrechts I S. 1; Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 365 ff. — Schollmeyer § 7; Dernburg §§ 233 ff.; Endemann I § 184; Cosack § 142; Mathiaß § 121; Enneccerus §§ 274 ff.

1) Bei Werthpapieren kommt es auf die Vertragsauslegung an, ob die betreffenden Werthpapiere in gleicher Art und Zahl, oder die in ihnen verbriefte Geldsumme als Darlehen geschuldet sein soll. Irrig Planck § 607 Note 4, daß es sich letzterenfalls nicht um ein Darlehen handele. Vgl. auch Dernburg § 235 Note 1; Enneccerus § 274 I.

2) Die Bestimmungen des Gesetzes beziehen sich zum Theil nur auf Darlehen von größerem Belang (bes. Geld, Werthpapiere). So z. B. § 609 BGB. wegen der Kündigungsfrist. Im Kleinverkehr sind sie zufolge der vermuthlichen Willensabsicht der Parteien als ausgeschlossen anzusehen. Z. B. die eine Hausfrau leiht der anderen ein paar Flaschen Wein oder Eier. Wenn wir im

Die vom Entleiher empfangenen Sachen gehen regelmäßig in sein Eigenthum über[3]), und der Empfänger darf sie verwenden wie er will. Er darf sie nicht blos „gebrauchen, um sie dereinst in gehörigem Zustand wieder zurückzugeben", sondern er darf sie verbrauchen oder veräußern. Gegenstand des Darlehens ist das „Empfangene" als Werthquantum von Sachen der geliehenen Art, welches dereinst durch Leistung von „Ebensoviel" in gleicher Art und Güte zurückzuerstatten ist. Das Darlehen gehört daher nicht zu den Gebrauchsüberlassungsgeschäften, sondern schließt eine Veräußerung in sich. Aber keine dauernde oder definitive, sondern eine solche, die dereinst durch Rückveräußerung in gleichem Werthe wieder ausgeglichen werden soll. In der Zeitdifferenz der beiden Veräußerungen liegt der Zweck des Geschäfts: der sog. Leihezweck[4]). Das Darlehen ist daher ein eigener Geschäftstypus: es ist das Paradigma der Kreditgeschäfte[5])

1. Uebrigens sind nicht alle Werthe geliehen, die nur beabsichtigtermaßen in gleichem Betrag nach Ablauf einer gewissen Zeit zurückerstattet werden sollen. Es kommt darauf an, in wessen Interesse das Geschäft geschlossen wird. Das Darlehen wird im Interesse des Empfängers abgeschlossen. Er will die Werthe empfangen, um sie in irgend einer Weise für sich zu verwenden. Dadurch unterscheidet sich das Darlehen insbesondere von der offenen Verwahrung vertretbarer Sachen[6]) und von der irregulären Pfandbestellung (durch Baarmittel, die nach Erledigung des Pfandzwecks auch nur im gleichen Betrage wieder zurückgegeben werden sollen)[7]).

2. Das Darlehen kann entgeltlich oder unentgeltlich gewährt

Folgenden von Darlehensvaluta reden, so ignoriren wir gleichfalls diese geringfügigsten Fälle. — Anderseits beschäftigen wir uns hier nur mit den privatrechtlichen Darlehen, nicht mit den öffentlichen Anleihen 2c.

3) S. darüber des Näheren unten § 248.

4) S. darüber noch unten § 248 Ziff. 3.

5) S. dazu v. Böhm-Bawerk, Kapital u. Kapitalzins I (1884) S. 33 ff., II (1889) S. 300; G. Cohn in Endemann's Handb. d. Handelsr. II S. 354, III S. 882; Grünhut eod. III S. 930; Knies, Das Geld 2. Aufl. (1885) S. 57; der Kredit (1876 ff.); v. Schey, Die Obligationsverhältnisse d. österr. Privatrechts I S. 30; Oertmann im Handwörterbuch der Staatswissenschaften 2. Aufl. Bd. V S. 394. — Andere Kreditgeschäfte: z. B. der offene (uneigentliche) Verwahrungsvertrag, die irreguläre Pfandbestellung (Baarkaution), der uneigentliche Nießbrauch 2c., sind an den einschlägigen Stellen zu besprechen.

6) § 700 BGB. S. u. § 277. S. auch Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 464. Zustimmend v. Schey S. 55, 281; Dernburg § 233 Ziff. II; Ennecerus § 304; Oertmann § 700 u. A.

7) Z. B. Amts-, Dienst-, Prozeßkautionen. Vgl. Pfaff, Das Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung (1868); F. Haas, Sicherung durch Uebereignung einer Geldsumme (1899).

werden. Im ersten Fall wird der Entgelt gezahlt zur Ausgleichung der Zeitdifferenz: für die Entbehrung der geliehenen Vermögenswerthe durch den Geber (wie bei der Miethe für die zeitweise Ueberlassung einer Einzelsache). Im letzteren Fall verlangt der Darlehensgeber für die Entbehrung der geliehenen Werthe keine Vergütung (wie bei der Leihe von Einzelsachen)[8]).

a) Der Darlehensentgelt kann in Leistungen aller Art bestehen, — in einer einmaligen und in fortlaufenden Zahlungen[9]). Die fortlaufende Vergütung wird meist nach einer Quote des geliehenen Kapitals und den Perioden der Zahlung bestimmt: hier reden wir von Zinsen[10]). Die Vergütung richtet sich aber nicht selten auch nach dem vom Entleiher mit dem Kapital gemachten Gewinn: der Verleiher erhält dann eine sog. Dividende[11]).

b) Gleichwohl ist das verzinsliche (resp. überhaupt gegen ein Aequivalent gegebene) Darlehen nicht als Kapitalsmiethe anzusehen[12]). Das Darlehen beginnt erst mit dem Empfang des Kapitals durch den Entleiher: es ist ein Vertrag auf Rückgabe. Um so mehr trifft dies beim unverzinslichen Darlehen zu. Ueberhaupt ist letzteres — so häufig im Leben auch die Zinsen vorkommen — der eigentliche Typus des Geschäfts[13]). Die Zinspflicht hat rechtlich den Charakter einer Nebenverpflichtung[14]).

---

8) So erhebt sich das Darlehen weit über eine bloße Parallele mit der Leihe. — Der in der Darlehensgewährung liegende Kredit ist es, der bald entgeltlich bald unentgeltlich gewährt wird.

9) Letzteres namentlich, wenn die Zeitdauer des Kredits nicht von vornherein feststeht.

10) S. o. § 149.

11) S. daselbst Note 5 und ausführlich über das sog. partiarische Darlehen, Crome, Die partiar. Rechtsgeschäfte S. 366 ff. Ueber den Unterschied von der sog. stillen Gesellschaft s. auch Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 33.

12) Z. B. der Eisenviehvertrag, bei dem auch unter Umständen vertretbare Sachen gegen Rückgabe von ebensoviel Stücken gleicher Art und Güte übereignet werden (oben § 240 Note 12), ist kein Darlehen. — Allerdings würde theoretisch ein „Konsensualdarlehen" (das sich von Geldmiethe 2c. nicht unterscheiden ließe) möglich sein. S. meine Ausführungen in den Partiar. Rechtsgeschäften S. 368 ff. mit Litteraturangaben. Aber eine solche Rechtsfigur entspricht nicht der Auffassung des Lebens. Ebensowenig entspricht es der deutlichen Auffassung des Gesetzes, welches in § 610 den Darlehensvorvertrag (pactum de mutuo dando) vom Darlehen (§ 607) deutlich unterscheidet. Daß das Darlehen ein Realvertrag sei, wird denn neuerdings auch ziemlich allgemein angenommen, selbst von solchen, welche dies für die Leihe bestreiten. S. z. B. Cosack § 142 Ziff. III.

13) Wie aus § 607 BGB. (im Vergleich mit § 608) deutlich erhellt. — Ebenso entspricht dies der Geschichte des Instituts, von Gai. (IV, 13, 171; l. 3 Cod. de usur. 4, 32) ab, durch das Mittelalter (mit dem kanonischen Zinsverbot) hindurch bis in die Zeit der neueren Partikularrechte: Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 824, 855, Code Nap. Art. 1905, Sächs. GB. § 1078.

Das Darlehen ist also ein Realvertrag: es kommt erst mit der Hingabe der leihweise gegebenen Werthe zu Stande. Eine Verpflichtung zur Darlehensgewährung wird dadurch natürlich sowenig wie bei der Leihe ausgeschlossen; sie hat den Charakter eines Vorvertrags[15]). S. § 610. Die Verpflichtung zur Darlehensgewährung (Krediteröffnung) mit bindendem Charakter ist im Leben sogar sehr häufig. Aber das Darlehen selbst ist sie nicht.

3. Dies hat wichtige praktische Folgen.

a) Aus dem Darlehen wird nur der Empfänger, nicht der Darlehensgeber verpflichtet. Denn letzterer hat schon geleistet; und da er überhaupt nicht zur Hingabe verpflichtet ist[16]), haftet er ihretwegen auch nicht auf Gewährleistung[17]), vielmehr nur eventuell wegen Beschädigung des Empfängers nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlungen[18]).

b) Aus dem Darlehen schuldet der Empfänger Rückgabe des Empfangenen; und wenn das Darlehen verzinslich ist, auch den Zins. Der Darlehensvertrag ist auch im letzteren Falle ein einseitiger Vertrag. Werden daher die Zinsen nicht pünktlich bezahlt, so hat der Darlehensgeber keineswegs das Recht, (nach § 326 BGB.) von dem Vertrage zurückzutreten, d. h. das Kapital vor der bedungenen Zeit zurückzufordern[19]), sondern er muß sich anderweitig helfen, z. B. wegen des Kapitals und der vertragsmäßigen Zinsen Arrest erwirken[20]) und seinen Schaden liquidiren. Wer für längere Zeit unkündbare[21]) Darlehen gibt, thut dies auf seine Gefahr[22]). Eventuell ist der Vertrag

14) S. o. Bd. I § 77 Ziff. I.

15) S. o. § 167 Ziff. III; — § 246 Note 6.

16) Abgesehen von dem (unten Ziff. 4) zu besprechenden Darlehensvorvertrage.

17) Wie Cosack § 142 IV Ziff. 2 annimmt. Dagegen schon Schollmeyer S. 64; Oertmann vor § 607 Note 5.

18) Z. B. wenn er verfälschte Waare, falsche Geldstücke u. s. w. hergibt.

19) Das Gegentheil behauptet Cosack § 142 IV Ziff. 1 u. Ziff. 3 lit. d. Er nennt das verzinsliche Darlehen sogar einen „echten" gegenseitigen Vertrag. Dazu kann er nur gelangen, indem er eine Verpflichtung des Darleihers annimmt, die Darlehnssachen zu gewähren, wozu die Uebergabe nicht genüge, sondern die Gewährleistung gehöre. Zunächst steht dies in Widerspruch mit der auch von Cosack angenommenen Realvertragsnatur des Darlehens (s. o.). Ueberhaupt aber ist diese Gewährungspflicht ein Schemen, ähnlich wie die von Cosack (§ 139 I Ziff. 3) angenommene Verpflichtung des Schenkers, das Hingegebene dem Empfänger zu lassen, gegen die sich auch Dernburg § 205 Note 1 i. f. wendet.

20) S. o. Bd. I § 132. Im Konkurs des Schuldners gilt das Kapital als fällig. § 65 KO.

21) Und nicht hypothekarisch u. dgl. gesicherte.

22) Meist geschieht dies auch nur bei Darlehen, die durch Ausgabe von Inhaberpapieren aufgenommen werden. S. Planck § 609 Note 5.

wegen wesentlichen Irrthums des Darlehensgebers[23]) oder wegen Betrugs[24]) anfechtbar[25]).

4. Dagegen ergeben sich theilweise andere Folgen aus dem Darlehensvorvertrage. In diesem verpflichtet sich[26]) der künftige Darlehensgeber, die Valuta leihweise dem Empfänger zu übereignen[27]) und haftet für Erfüllung dieses Versprechens[28]). Auf der anderen Seite steht die Darlehenszusage kraft Gesetzes im Zweifel unter der stillschweigenden Verabredung, daß in den Vermögensverhältnissen des Empfängers[29]) keine wesentliche Verschlechterung eintritt, welche den Anspruch des Gebers auf dereinstige Rückerstattung gefährdet[30]). Der Versprechende darf in solchen Fällen[31]) das Versprechen widerrufen[32]). § 610 BGB.

---

23) Wegen Irrthums in wesentlichen Eigenschaften des Darlehensempfängers. § 119 Abs. 2 BGB. Doch wird Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, die zudem schon zur Zeit des Vertragsschlusses (der Darlehenshingabe) vorhanden gewesen sein müßte, nur unter besonderen Umständen hierher zu rechnen sein.

24) Fälschliche Vorspiegelung der Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Hingabe der Valuta. Diese ist gemäß § 123 BGB. beachtlich.

25) Dann ist das Empfangene (die Valuta) ohne Grund beim Empfänger und kann also kondizirt werden. Nimmt man Anfechtbarkeit der Uebereignung an, so ist eventuell auch Vindikation der (noch in natura vorhandenen) Fungibilien zulässig.

26) Falls eine rechtliche Bindung überhaupt beabsichtigt war. — Diese ist nicht schon deshalb anzunehmen, weil auf die Zusage ein Theil der Valuta geleistet wurde.

27) Es gibt auch ein rechtlich bindendes Versprechen, eine gewisse Valuta als Darlehen zu empfangen, was nicht mit dem uneigentlichen Verwahrungsvertrag (§ 700 BGB.) zusammenzufallen braucht. Aus dem Vertrag kann auf Empfang der Valuta geklagt werden. Dies ist mit dem oben § 168 Ziff. I Gesagten vereinbar: der Versprechende ist Schuldner der Annahme. Regelmäßig aber wird nicht Annahmezwang, sondern nur Entschädigung für den Fall der Nichtannahme (Schadensersatz wegen Nichterfüllung) gewollt sein. So auch Dernburg § 236 II.

28) Also auf Hingabe der Valuta, Schadensersatz wegen Verzugs ꝛc. nach allgemeinen Grundsätzen. So auch (da es sich immer um vertretbare Sachen handelt), wenn das Hingegebene dem Empfänger entwährt wurde oder sich sonst als mangelhaft erwies. Die Verpflichtung aus dem pactum de mutuo dando ist alsdann nicht erfüllt. Daneben besteht die Deliktshaftung (s. o. Note 18). Siehe noch Entsch. d. RG. Bd. 38 S. 308.

29) Bis zur wirklichen Hingabe der Valuta.

30) Eine gesetzliche clausula rebus sic stantibus. S. schon oben Bd. I § 78 Note 5 und die entsprechende Anwendung des Grundsatzes in § 321 BGB. Es gilt das darüber hier oben § 169 Note 28 Gesagte. S. auch Regelsberger in Ihering's Jahrb. Bd. 40 S. 478 ff. War die Gefährdung schon bei Abschluß des Vertrages vorhanden, so ist § 610 BGB. nicht anwendbar und kann nur im Wege der Note 20 ff. oben geholfen werden.

31) Dies trifft nicht zu, wenn das Darlehen sonst gesichert ist, z. B. hypothekarisch oder durch Bürgen. Anderseits kann Gefährdung ohne völlige Zahlungsunfähigkeit des künftigen Dahrlehensschuldners vorliegen.

32) Einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (Bd. I § 88) des Ver-

Der Anspruch aus dem Darlehensversprechen kann regelmäßig nicht abgetreten[33]) — ein Anspruch auf Leistung vertretbarer Sachen gleicher Art dagegen nicht aufgerechnet werden[34]).

§ 248.

B. Abschluß des Darlehensvertrages.

Der Darlehensvertrag wird durch Geben und Nehmen der Valuta zu Leihezwecken geschlossen.

Darin liegt Folgendes.

1. Der Vertrag bedarf keiner besonderen Form; nur der Hingabe der Valuta. Und zwar soll der Empfänger die als Darlehen gegebenen Sachen verbrauchen und veräußern dürfen. Er ist nur gehalten, seinerzeit Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Hieraus folgt von selbst, daß ihm die Valuta zu Eigenthum[1]) übermacht werden muß[2]).

a) Der Darlehensgeber muß also zunächst die zur Uebereignung der Valuta erforderliche Verfügungsbefugniß über dieselbe besitzen[3]). Hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit gelten die gewöhnlichen Grundsätze[4]). Erwirbt der Empfänger kein Eigenthum, so entsteht auch kein Darlehen[5]).

Anderseits genügt es auch hier[6]), daß der Empfänger aus irgend einem Grunde, z. B. in Folge seines guten Glaubens bei der Uebergabe (§§ 932 ff. BGB.), ohne weitere Aufopferung das Eigenthum erlangt, natürlich unter der Voraussetzung, daß ein Darlehen begründet werden sollte[7]).

---

sprechenden. — Abwendung durch Sicherheitsleistung wie im Falle § 321 BGB. ist zulässig. Regelsberger in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 40 S. 451.

33) Arg. § 399 BGB. S. o. § 198.

34) Es fehlt die Gleichartigkeit. Der Anspruch des Versprechensempfängers geht nicht auf die Darlehenssachen, sondern auf Abschluß des Darlehensvertrags.

1) § 607 BGB. sagt das zwar nicht ausdrücklich, aber es folgt aus dem Wesen des Darlehenskontrakts und entspricht dem älteren Recht.

2) Nicht im Sinne einer Gewährleistungspflicht, wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt ist (s. o. § 247 Note 17 u. 19), sondern in dem Sinne, daß andernfalls kein Darlehen vorliegt.

3) S. darüber das Nähere oben Bd. I § 84.

4) Insbesondere ist das röm. senatus consultum Macedonianum beseitigt. Ebenso die partikularrechtlichen Beschränkungen der Militärpersonen, Stadtgemeinden ꝛc. zur Gewährung von Darlehen.

5) Vgl. schon § 2 I. quib. alien. licet 2, 8 . . . non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis, ideoque vindicare nummos possunt, sicubi extent . . .

6) Wie beim Kaufe. S. o. 219 Note 6 ff.

7) Wie schon im röm. Recht, wo die Bestimmung der l. 2 § 4 Dig. de reb.

b) Die Uebermachung der Valuta kann durch alle Arten der Uebergabe oder einen dieselbe ersetzenden Akt geschehen[8]), also z. B. auch durch Uebergabe kurzerhand[9]), durch Besitzkonstitut[10]) oder durch Abtretung des Herausgabeanspruchs der bei einem Dritten lagernden Sachen[11]). Auch durch Stellvertreter kann die Uebereignung geschehen: also auch so, daß der Darlehensgeber seinen Schuldner beauftragt, dem Empfänger die Valuta zu übersenden[12]), oder daß er den Empfänger beauftragt, sie bei einem bestimmten Dritten zu erheben. Auch hier wird der Auftraggeber Darleiher, sobald der Beauftragte das Geld in seinem Namen auszahlt oder aufnimmt[13]). Nur bei Vermittelung der Ueberweisung von Geldern durch Bankiers oder ähnliche Geldinstitute, bei denen der Empfänger ein Buchkonto hat, wird regelmäßig das Darlehen nicht erst mit effektiver Auszahlung der Gelder, sondern durch Mittheilung des Bankiers 2c. an den Empfänger über die erfolgte Gutschrift der Summe begründet. Sodaß in diesem Fall z. B. der Empfänger den Schaden trägt, wenn der Bankier nach der Gutschrift in Konkurs fällt[14]).

Aehnlich kann ein Darlehen durch Anweisung[15]) vermittelt werden, wenn der Angewiesene durch schriftlichen Vermerk die Anweisung zu Gunsten des Anweisungsempfängers annimmt[16]).

---

cred. 12, 1: in mutui datione oportet dominum esse dantem, durch l. 13 § 1, l. 19 § 1 eod., l. 24 § 2 Dig. de O. et A., 44, 7 u. l. 78 Dig. de sol. 46, 3 bei gutgläubiger Vermischung der geliehenen Gelder mit den eigenen des Empfängers überwunden wurde. — Heute kommt in dieser Beziehung besonders § 935 Abs. 2 BGB. in Betracht, wonach selbst gestohlene Gelder vom gutgläubigen Empfänger nicht mehr vindizirt werden können. Also entsteht das Darlehen!

8) S. §§ 929—931 BGB. und die Lehre des Eigenthumserwerbs durch Tradition.

9) § 929 i. f. BGB. Der Verwahrer oder Beauftragte, der mein Geld in Händen hat, erhält die Erlaubniß, dasselbe leihweise zu behalten. S. auch § 607 Abs. 2 BGB.

10) § 930 BGB. Der Empfänger bittet den Darlehensgeber um einstweilige Verwahrung der Valuta.

11) § 931 BGB.

12) Nur muß in solchem Falle der Empfänger wissen, von wem er eigentlich das Geld erhält. Im Falle wesentlichen Irrthums in den Personen kann das Darlehensverhältniß zwischen dem Auftraggeber und dem Empfänger nicht gültig zu Stande kommen. D. h. es ist Anfechtung und danach Kondiktion des Geldes möglich (condictio Iuventiana: f. l. 32 Dig. de reb. cred. 12, 1). Ihre Fortgeltung ergibt sich (gegen Dernburg § 234 Note 2) aus allgemeinen Grundsätzen.

13) Also der Empfänger das Geld wirklich erhält.

14) Planck § 607 Note 1d; Dernburg § 234 Note 6. Der (von diesen nicht angegebene) Grund liegt darin, daß durch die verabredete Eröffnung eines Kontos beim Bankier die Uebereignung der Gelder sich mit einem Depotvertrage kombinirt, also im Wege des § 930 (s. o. Note 10) erfolgt.

15) S. u. §§ 307 ff.

16) Vgl. § 784 BGB. Die Absicht der Darlehensbegründung erhellt

2. Daneben wird vom Gesetze anerkannt, daß auch in Fällen, in denen vertretbare Sachen überhaupt nicht empfangen, sondern aus anderem Grunde geschuldet sind, kraft einfacher Vereinbarung der Parteien die darlehensmäßige Verpflichtung begründet werden kann. § 607 Abs. 2. Das Gesetz stellt hiermit den Fall der Schuldumwandelung[17]) und des wirklichen (durch Hin- und Rückzahlung vermittelten) Darlehens[18]) gleich, und schneidet dem Schuldner damit den Einwand des Nichtempfanges der Valuta gegen die Darlehensklage ab[19]). Ob aus dem früheren Verhältniß Einwendungen erhoben werden können, beurtheilt sich nach dem Inhalt der Vereinbarung[20]).

Um so mehr kann ein Darlehen zu Stande kommen, indem dem Empfänger eine Waare zum Verkaufe überlassen wird, damit er den Erlös als Darlehen behalte[21]), — oder indem dem Darlehensnehmer Waaren mit einer Schätzung übergeben werden, die als das Darlehen gelten soll[22]).

---

allerdings aus der Anweisung nicht. Sie muß besonders feststehen. Die Anweisung ist überhaupt nicht nothwendig ein Kreditgeschäft (die Stellung, welche Dernburg §§ 237 ff. ihr gibt, daher m. E. nicht gerechtfertigt). Sie ist ein Mechanismus, der allen möglichen Zwecken (z. B. ebensogut dem Zahlungszwecke) dienen kann, und nur in diesem Sinne ist sie daher im System darzustellen.

17) S. o. § 188 Ziff. 1a. Der Schuldner verspricht im Novationsvertrage, sich wie ein Darlehensschuldner behandeln zu lassen.

18) Letzteres würde vor Allem voraussetzen, daß der Schuldner im Moment der Vereinbarung die geschuldeten Fungibilien wirklich besaß. Vgl. § 929 i. f. BGB. (traditio brevi manu).

19) Die bezüglichen Zweifel des älteren Rechts (s. schon l. 15 Dig. de reb. cred. 12, 1; l. 17 pr. Dig. mandati 17, 1, ferner Motive Bd. 2 S. 312) sind durch § 607 Abs. 2 beseitigt.

20) Die Frage ist regelmäßig (aus den Grundsätzen der Schuldumwandelung: s. o. § 188) zu bejahen. — Selbstverständlich ist, daß die Vereinbarung dem Schuldner den Beweis des Nichtbestehens der alten Schuld auferlegt. Hat die Vereinbarung (nach §§ 781 ff. BGB.) selbständige Verpflichtungskraft, so muß der Schuldner die Anerkennung anfechten bezw. nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung kondiziren. S. u. §§ 305, 317 ff.

21) Sog. contractus mohatrae (vgl. l. 4 pr., l. 11 Dig. de reb. cred. 12, 1). Regelmäßig entsteht hier das Darlehen erst mit Eingang des Erlöses beim Empfänger; alles Vorhergehende ist nur Mittel dazu. Die Gefahr der hingegebenen Waaren bleibt bis zu deren Verkauf beim Geber, da aus dem Verkaufsauftrag ein Uebergang der Gefahr nicht folgt. Abweichungen können aber bedungen werden. Zustimmend Dernburg § 234 III Ziff. 4; Planck § 607 Note 2b; Oertmann § 607 Note 2.

22) Hier gelten die Waaren als an den Darlehensnehmer verkauft, und die Kaufsumme als das Darlehen. S. schon l. 8 Cod. si certum pet. 4, 2. — Oder Waaren werden an den Geldsucher auf Kredit (meist zu einem höheren Preise) verkauft und vom Verkäufer sofort (zu einem geringeren Preise) baar zurückgekauft. Auch dies nennt man contractus mohatrae. S. v. Schey a. a. O. S. 83. Dies ist nicht mehr Darlehen, sondern dient nur wirthschaftlich dem Darlehenszweck. Vielfach liegt darin eine wucherische Ausbeutung des Geldsuchers. Dann gelten heute die allgemeinen Wuchervorschriften (Bd. I § 85).

3. Das Geben und Nehmen der Valuta wird nur dadurch zum Darlehen, daß es zum Leihezweck geschieht. Es muß „als Darlehen" gegeben sein. § 607. Damit ist übrigens nur die Einigung der Parteien über das zwischen ihnen zu begründende Kreditverhältniß gemeint[23]). Somit kann auch der Darlehensvertrag bedingt geschlossen werden[24]), während die Uebereignung der Valuta unbedingt erfolgt[25]).

§ 249.

C. Verpflichtungen des Darlehensnehmers.

1. Der Darlehensnehmer ist zur Rückerstattung des Empfangenen[1]) in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge verpflichtet[2]). § 607. Dies ist die Hauptverpflichtung aus dem Darlehen und gehört zu dessen Wesen[3]). Eine besondere Sorgfalt ist bei dem Vertrag nicht zu prästiren. Anderseits wird der Schuldner durch zufälliges Unvermögen von der Verpflichtung zur Rückleistung nicht befreit[4]). Bei Verzug schuldet er, wie gewöhnlich, Verzugszinsen[5]).

Vor Allem fragt es sich hier nach der vertragsmäßigen Zeit der Rückgabe. Dies ist zugleich die Frage nach der regelmäßigen Beendigung des Darlehens.

a) Ist das Darlehen für eine bestimmte Zeit gewährt, so kann erst nach Ablauf dieser Zeit, dann aber auch unmittelbar zurückgefordert werden[6]).

---

23) Die gebrauchten Ausdrücke sind gleichgültig. Man redet von „Kredit, Vorschuß" u. s. w. Auf die Sachlage allein kommt es an. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 34.

24) Z. B. für den Fall, daß der Kreditsucher das Geld braucht.

25) Letztere ist bei Ausfall der Bedingung als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzufordern.

1) Resp. dessen, was nach den Grundsätzen der vor. §§ als empfangene Valuta anzusehen ist. S. z. B. § 247 Note 1, § 248 Ziff. 2.

2) War das Darlehen unentgeltlich (zinslos), so wird die Valuta dem Darleiher zurückzubringen sein. Aus den Gründen wie oben § 246 Note 36. Sonst gelten die allgemeinen Regeln.

3) Was den Beweis angeht, so gelten keine besonderen Grundsätze. (Die röm. Vorschriften über die exceptio non numeratae pecuniae waren schon durch § 17 EG.CPO. beseitigt.) Der Darleiher hat den Empfang des Darlehens zu beweisen. Dazu dient regelmäßig der vom Empfänger ausgestellte Darlehensschuldschein. Demgegenüber kann der Schuldner den Gegenbeweis führen, daß er die Valuta nicht erhalten oder daß sie ihm entwährt worden sei. Vgl. dazu noch Entsch. d. RG. in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 34 S. 963.

4) Arg. § 279 BGB. Man sagt auch, ihn trifft die Gefahr.

5) Selbst wenn das Darlehen zinslos war. So schon nach ehemaligem gemeinem Recht.

6) Mangels entgegenstehender Uebereinkunft wird der Schuldner ein zins-

b) Fehlt eine solche Vereinbarung, so wird die Fälligkeit durch **Kündigung** der einen oder anderen Partei herbeigeführt[7]) mit einer Kündigungsfrist von 3 resp. 1 Monat, jenachdem das Darlehen den Werth von 300 Mark übersteigt, oder nicht. Bei zinslosem Darlehen ist der Schuldner sogar ohne Kündigung[8]) zur Rückerstattung berechtigt[9]). § 609[10]).

c) Ist die **Kündigung ausgeschlossen**, ohne daß ein anderer Rückzahlungstermin feststeht[11]), so darf der **Schuldner** dennoch nach gewisser Zeit zurückzahlen. Das Gegentheil verstieße gegen den öffentlichrechtlichen Grundsatz der persönlichen Freiheit, der überall im heutigen Recht gewährleistet wird[12]). Die Unkündbarkeit des Darlehens beschränkt sich daher für den Schuldner auf die Zeit von 30 Jahren. Arg. §§ 567, 1202 Abs. 2 BGB.[13]). Dagegen kann der **Darleiher** ganz auf das Kündigungsrecht verzichten[14]).

d) War die Vertragszeit abgelaufen[15]) und wird danach vom Schuldner nicht rechtzeitig zurückgegeben, so entsteht keine Verlängerung des Darlehens[16]). Es bedarf also nicht mehr der Kündigung, sondern der Schuldner muß leisten und kann eventuell sofort in Verzug gesetzt werden.

2. Vielfach ist ausbedungen, daß der Darlehensschuldner **mehr** oder **weniger** als das Empfangene zurückzugeben habe. Dies ist, abgesehen

---

loses Darlehen auch hier schon früher (nach § 609 Abs. 3 BGB.) **zurückgeben können**.

7) Das röm. Recht kannte die Kündigung hier sowenig wie bei der Miethe. Ueber die Entwickelung s. Immerwahr, Kündigung S. 23, 86 ff. Ferner Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 761 ff.; Code Nap. Art. 1900 ff.; Sächs. GB. § 1077.

8) Und ohne Kündigungsfrist.

9) Entsprechend dem Grundsatz § 271 i. f. BGB.

10) Behauptet der Schuldner einen entfernteren Rückzahlungstermin oder eine längere Kündigungsfrist als die gesetzliche, so muß er dies beweisen. v. Schey S. 102; Dernburg § 235 Note 4. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 383.

11) Das Interesse an einer solchen Vereinbarung für den Gläubiger wird namentlich dann bestehen, wenn das Darlehen verzinslich ist. Er zöge dann aus demselben einen sog. **ewigen Zins**!

12) Im Gegensatz zu den vielfach feudalen Tendenzen des älteren Rechts. S. z. B. §§ 567, 624, 1202 Abs. 2 BGB.

13) Zustimmend Planck § 609 Note 5; Oertmann eod. Note 1c; Dernburg § 235 III i. f., während Cosack § 142 IV Ziff. 5 an der Unkündbarkeit keinen Anstoß nimmt.

14) In diesem Fall nähert sich das Darlehen dem Rentenkaufe. Man wird daher **hier** unter Umständen (gemäß § 250 Note 23) sagen müssen, daß der Darleiher beim **Verzug der Rentenzahlung** nach § 326 BGB. vom Vertrage zurücktreten also **das Kapital zurückfordern** dürfe.

15) Sei es die festbestimmte oder durch Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist herbeigeführte.

16) Es könnte denn eine diesbezügliche übereinstimmende Willensäußerung der Parteien nachgewiesen werden.

von der allgemeinen Wucherſchranke ꝛc., vollkommen zuläſſig[17]). In der Verpflichtung zu einer höheren Rückleiſtung liegt meiſtens ein Entgelt für das Darlehen (Agio, Proviſion ꝛc.)[18]).

3. Endlich kann bedungen ſein, daß der Empfänger Zinſen von der Kapitalsſumme zu zahlen hat. Darüber gelten die allgemeinen Regeln von den Zinſen, mit denen § 608 BGB. übereinſtimmt[19]).

II. Die Renten.

§ 250.

A. Ueberſicht über die verſchiedenen Rentenverträge.

Renten ſind wiederkehrende Leiſtungen in Geld oder Naturalien, welche dem Gläubiger für eine Gegenleiſtung (entgeltlich) oder ſchenkweiſe (unentgeltlich) zu entrichten ſind.

Wirthſchaftlich läßt die Rente ſich auffaſſen als geſchuldetes Einkommen aus einem nicht geſchuldeten Kapital. Denn es läßt ſich bei jeder Rente ein Kapital denken, das ihren Werth repräſentirt. Wem dieſes Kapital zu leiſten wäre, der hätte von ſelbſt die fraglichen Rentenbezüge als deſſen Einkommen. Statt daß ihm nun das Kapital geſchuldet wird, wird ihm nur das Einkommen daraus (die Rente) geſchuldet.

Hierdurch ſtehen die Renten den Zinſen nahe[1]). Die Zinſen ſind neben dem Kapital, die Rente iſt ohne das Kapital zu leiſten.

1. Iſt die Rente geſchenkt, ſo ergeben ſich Beſonderheiten der Rentenpflicht nur aus dem Gegenſtand des Verſprechens[2]). Geſchuldet iſt die Rente und nur mittelbar die einzelnen Rentenbezüge. Letztere haben als einzelne nur untergeordnete Bedeutung; ſie verjähren für ſich, ohne daß damit auch das Rentenrecht als ſolches verjährt[3]). Von einer Verjährung des letzteren kann nur die Rede ſein, wenn dem Rentenanſpruch im Ganzen widerſprochen iſt und dieſer Zuſtand die Verjährungszeit andauert[4]).

17) § 607 BGB. iſt nicht zwingend. Vgl. auch die Fälle oben § 248 Ziff. 2 am Ende.

18) So auch Planck § 607 Ziff. 4 und der Sache nach Dernburg § 235 Note 2. „Zins“ ſind nicht „Zinſen“. Selbſtverſtändlich unterliegt das Agio ꝛc. nicht der kurzen Zinſenverjährung.

19) S. o. § 149. Dieſe vertraglichen Zinſen ſind von den etwaigen geſetzlichen z. B. Verzugszinſen (ſ. o. Note 5) vollkommen unabhängig.

1) S. o. § 149.

2) Im Uebrigen gelten die Regeln der Schenkung. So bedarf das Rentenverſprechen nach § 518 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung ꝛc.

3) S. § 197 BGB., wo auch die Renten den Zinſen gleichgeſtellt werden.

Im Uebrigen bedarf es näherer Bestimmungen über die Höhe der einzelnen Rentenleistungen, die Perioden des Verfalls und sonstige Bedingungen, die entweder durch den Rentenvertrag gegeben werden oder gesetzlich feststehen.

2. Alles dies gilt auch für die entgeltlichen Renten. Nur tritt hier, wo das Geschäft einen wirthschaftlichen Charakter hat, dessen Eigenschaft als Kreditgeschäft in den Vordergrund[5]). Wer sich eine Rente gegen Entgelt bestellt also kauft[6]), wird regelmäßig den Preis baar zahlen, um den Anspruch auf die mit der Rente verbundenen fortlaufenden Einkommensleistungen zu gewinnen: er tauscht gegen eine Kapitalsleistung die Rente ein[7]).

Der Rentenkauf ist hiernach ein gegenseitiger Vertrag[8]). Rente und Preis stehen einander als versprochene Leistung und Gegenleistung gegenüber[9]). Ein weiterer Unterschied vom verzinslichen Darlehen liegt darin, daß der Rentengläubiger das vom ihm gegebene Kapital nicht zurückerhält[10]). Er hat es à fonds perdu gegeben und sich dafür auf den Bezug von Einkünften beschränkt. Letztere werden meist höher sein, als wo dereinst das Kapital zurückzugeben ist. Hierin liegt heutzutage der Hauptzweck dieser Kreditform.

a) Das Rentenrecht ist eine Forderung. Leistet der Gläubiger eines verzinslichen Darlehens auf Rückzahlung des Kapitals Verzicht[11]),

4) Die Möglichkeit der Verjährung des Gesammtrechts ist bestritten. So schon gemeinrechtlich (vgl. Regelsberger Pand. § 183 II Ziff. 4; Windscheid § 107 Note 8) und nicht minder heute. Es kommt darauf an, ob man einen Gesammtanspruch auf die Rente (nicht blos einen solchen auf die einzelnen Rentenleistungen) anerkennt. S. dazu Planck § 224 Note 2. Das daselbst (auch über die Erörterungen in der Kommission) Gesagte genügt aber nicht. Ist die Rente ein dingliches Recht (s. u. Note 17), also z. B. im Grundbuch eingetragen, so ist zweifellos ein negatorischer Anspruch gegeben. Ebenso kann im Fall bei Note 23 die ganze Rente Gegenstand eines Rechtsstreits sein. Endlich besteht ein soziales Interesse, die Renten nicht zu perpetuiren, also nicht blos die einzelnen Rentenleistungen, sondern auch das ganze Recht verjähren zu lassen (z. B. wenn 30 Jahre lang die Rente nicht eingefordert wurde).

5) Um dieser Eigenschaft willen sind die Renten dem Darlehen anzureihen.

6) Er kauft sich ein Recht auf die Rentenbezüge: das Rentenrecht (s. o.). Vgl. § 211 Note 6.

7) Dies entspricht wirthschaftlich dem verzinslichen Darlehen, wo für die Kapitalsleistung Zins gewährt wird. Aber rechtlich ist die Behandlung verschieden (s. u.).

8) Im Gegensatz zum Darlehen. S. o. § 247 Note 19.

9) Die Regeln der gegenseitigen Verträge (s. o. §§ 169 ff.) sind anwendbar.

10) Weil das Kapital nicht geliehen, sondern als Preis für die Rente bezahlt ist.

11) S. o. § 249 Note 14. Daß der Rentenkauf im Grunde dasselbe Kapitalgeschäft ist, wie das Darlehen, betont auch sehr richtig Kohler, Pfandrechtliche Forschungen (1882) S. 101 ff.

um ſich ausſchließlich an die Zinſen zu halten, ſo liegt der Sache nach ein Rentenrecht vor[12]). Geradeſogut kann die Rente gekauft werden[13]), wo dann von ſelbſt die Möglichkeit der Rückforderung des Preiſes, alſo des Kapitals, entfällt. Schließlich braucht das Kapital nicht baar, ſondern es kann auch in anderen Formen gegeben werden. Z. B. bei Veräußerung oder Belaſtung von Sachen, insbeſondere von Grundſtücken, wird ſtatt des Kaufpreiſes oder als Theil desſelben eine Rente bedungen[14]). Aehnlich wird oft bei Theilungen, Erb- und anderen Auseinanderſetzungen die einzelnen Betheiligten gebührende Abfindung[15]) nicht in einem Kapital ſondern in Renten feſtgeſetzt[16]).

b) Die Rente kann auf ein Grundſtück gelegt ſein, in der Art, daß ſie aus ihm ihre Deckung finden ſoll, wenn der Rentenpflichtige nicht pünktlich leiſtet. Dann iſt ſie eine Grundſtücksbelaſtung, die unſer Recht in verſchiedenen Formen anerkennt[17]). In dieſer Geſtalt hat ſich das Rentenrecht überhaupt hiſtoriſch bei uns entwickelt[18]). Aber nothwendig iſt dieſe Geſtaltung keineswegs[19]), ſowenig wie durch das hypothekariſche Darlehen das einfache Darlehen[20]) ausgeſchloſſen wird[21]).

12) Die im Vertrag gebrauchten Ausdrücke ſind ja nach heutiger Auffaſſung nicht entſcheidend, ſondern der Sinn des Geſchäfts.

13) Der Rentenkauf war das Hauptkreditgeſchäft des Mittelalters, vor Allem weil durch das kanoniſche Wucherverbot das Zinſennehmen verboten und dadurch das verzinsliche Darlehen unterbunden war. An der Rente nahm die Kirche keinen Anſtoß. Vgl. c. 1, 2 Extrav. comm. 3, 5. Die RPolO. v. 1530 Art. 26 § 8 verbietet eine 5% überſteigende Rente!

14) Hier kann man von Vorbehalt einer Rente reden, namentlich wenn die Rente zur Sicherheit dinglich auf das Grundſtück gelegt wurde (ſ. u.). Der Rentenpflichtige hat in der erfolgten Sachzuwendung den Gegenwerth für ſeine Leiſtungen.

15) Mag ihnen die Abfindung vertraglich oder kraft Geſetzes zuſtehen. Z. B. Leibzuchts-, Leibgedings-, Altentheils-, Auszugsleiſtungen ꝛc. nach Maßgabe des Landesrechts. S. Art. 96 EG.BGB.

16) Hier erſcheint die Rente als Surrogat eines Abfindungskapitals.

17) Als Reallaſt (§§ 1105 ff.) und als Grundſchuld (§§ 1199 ff. BGB.).

18) Vgl. Albrecht, Die Gewere S. 157 ff.; Duncker, Reallaſten S. 69 ff.; Auer, Stadtrecht von München (1840); Göſchen, Goslar'ſche Statuten S. 228 ff.; Stobbe in d. Ztſchr. f. deutſches Recht Bd. 19 S. 178; Arnold, Geſchichte des Eigenthums in d. deutſchen Städten (1861); v. Wyß in d. Ztſchr. f. Schweizer. Recht Bd. 9 S. 3; Roſenthal, Geſchichte des Eigenthums in Würzburg (1878); Gobbers in d. Ztſchr. d. Savigny-Stiftung Bd. 4 S. 130 und die Lehrbücher des deutſchen Privatrechts und der deutſchen Rechtsgeſchichte.

19) In Frankreich hat man mit der Revolution die Renten als dingliche Laſten überhaupt abgeſchafft. Bei uns hat man ſie hauptſächlich im agrariſchen Intereſſe beibehalten. Dem Landwirth iſt es oft nicht möglich, das Kapital zurückzuzahlen, während er die Rentenleiſtungen durch ſeiner Hände Arbeit aufbringt. Auf der anderen Seite kann ſich der Gläubiger durch Abtretung des Rentenrechts ſein Kapital leicht wiederverſchaffen. — Von den Renten als dinglichen Rechten ſ. u. das Sachenrecht.

20) Oder durch das dingliche Vorkaufsrecht das oben § 228 beſprochene obligatoriſche Vorkaufsrecht.

3. Der Zweck des Rentengeschäfts, dem Geber aus seinem Kapital größere Einkünfte als den gewöhnlichen Zins zu verschaffen, wird durch gehörige Kalkulirung der Rentenbeträge erreicht. In dieser Hinsicht besteht nur die allgemeine Wucherschranke. Im Uebrigen hängt das Geschäft von der freien Parteivereinbarung ab. Die Rentenschuld ist aber den gewöhnlichen Schuldgrundsätzen unterworfen[22]). Ist der Vertrag, in welchem die Rentenleistung übernommen wurde, ein gegenseitiger, also z. B. die Rente gekauft oder bei Veräußerung einer Sache vorbehalten, so ist bei Verzug in der Rentenzahlung der Gläubiger nach § 326 BGB. zum Rücktritt berechtigt, kann also das Rentenkapital vom Schuldner herausverlangen[23]).

4. Im Uebrigen richtet sich die Zeit der Rentenleistungen nach dem Vertrage. Es kann eine feste Zeitdauer der Rente in Aussicht genommen sein (z. B. 10 oder 20 Jahre) oder bis zu einem bestimmten Ereigniß (wie etwa der Volljährigkeit einer Person, oder bis sie sich verheirathet oder eine bestimmte Anstellung erlangt); dann endigt die Rentenverpflichtung mit dem bestimmten Zeitpunkte oder Eintritt der Bedingung. Eine besondere Form der zeitig bestellten Renten ist es, wenn die Rente für die Lebensdauer einer Person bestellt ist. Hier spricht man vorzugsweise von Leibrenten[24]).

Ist eine entgeltlich festgesetzte Rente an das Leben einer Person oder ein hinsichtlich seines Eintritts nicht genau bestimmtes anderes Ereigniß geknüpft, so ist der Rentenvertrag ein aleatorisches Geschäft[25]).

Ist keine Zeitdauer der Rentenleistungen bestimmt[26]), so liegt eine sog. „ewige Rente“[27]) vor. Diese ist für den Gläubiger unkündbar[28]).

21) Hier reden wir nur von den Renten als einfachen Forderungsrechten.

22) Z. B. ist die Rente bei Veräußerung einer Sache bedungen (vorbehalten), so kann sich der Erwerber durch Aufgabe der Sache keineswegs von seiner Verbindlichkeit befreien. Der dritte Erwerber der Sache haftet für die Rente nur, wenn er sie nach den Grundsätzen der Schuldübernahme persönlich übernommen hat. — Bei Nichtleistung der Rente kommen die gewöhnlichen Regeln des Verzugs ꝛc. zur Anwendung. Eventuell kann der Gläubiger Arrest beantragen. Er kann auch nach § 257 CPO. im Voraus auf Leistung klagen. Rückstände verjähren in 4 Jahren. § 197 BGB.

23) Gegen Erstattung desjenigen Betrags der geleisteten Renten, der die gewöhnlichen Zinsen des Rentenkapitals übersteigt. Arg. §§ 346, 347 BGB. — Anders übrigens bei aleatorischen Rentenverträgen. S. u. § 251 bei Note 18.

24) S. u. § 251.

25) S. o. § 167 Ziff. II über den Begriff dieser Geschäfte: Aus dem Gesagten folgt: Nicht jedes aleatorische Rentengeschäft ist eine Leibrente (das ungewisse Ereigniß, bis zu dem die Rentenpflicht dauert, kann anderer Art sein). Umgekehrt ist nicht jede Leibrente ein aleatorisches Verhältniß. S. u. § 288.

26) Während die Rentenverpflichtung die Lebenszeit der Parteien überdauern soll (im Gegensatz zu Note 24). — Wegen der Verjährung s. o. Note 4.

27) Arg. § 761 BGB. (a minori ad maius) wird Schriftlichkeit des Ver-

Dagegen kann sie vom Schuldner jedenfalls nach Ablauf einer gewissen Zeit (30 Jahre) abgelöst werden: aus denselben Gründen wie ein unkündbares Darlehen[29]). Nur wenn eine blos in Naturalien bestehende Rente dinglich auf ein Grundstück gelegt ist, geben die Reichsgesetze kein Ablösungsrecht[30]). Die soziale Bedeutung solcher Renten in heutiger Zeit ist gering[31]). Eine Geldrente dagegen kann auch als dingliche Last vom Grundstückseigenthümer abgelöst werden. §§ 1201 ff. BGB. Ein Verzicht auf die Ablösung ist nur bis zu 30 Jahren zulässig. § 1202 Abs. 2.

§ 251.

B. Insbesondere von den Leibrenten.*

I. Auf den Leibrentenvertrag finden im Allgemeinen die entwickelten Grundsätze Anwendung[1]). Nur die eigenthümliche Begrenzung der Rentenpflicht in diesem Falle und die häufig aleatorische Natur der Verpflichtung bedarf einer besonderen Berücksichtigung. Damit verbindet sich eine Uebersicht über die Hauptfälle.

1. Eine Leibrente liegt vor, wenn Jemand verpflichtet ist, einem Anderen bis längstens zu dessen Tode eine Rente zu zahlen. Die Verpflichtung kann entgeltlich oder unentgeltlich, für eine be-

---

sprechens zu fordern sein, falls keine stärkere Form (bes. Eintrag in's Grundbuch) stattfindet.

28) Selbstverständlich kann der Gläubiger auf die Rente verzichten. Aber er kann sie nicht kündigen, d. h. die Rente gegen den Willen des Schuldners durch Zurückforderung des Kapitals ablösen. — Aeltere Partikulargesetze haben übrigens nicht selten im sozialen Interesse die Ablösung historisch entwickelter ewiger Renten, namentlich soweit sie als dingliche Lasten auf dem Grundeigenthum ruhten, verfügt — oft mit, oft ohne Entschädigung. S. darüber im Sachenrecht. Heutzutage ist die Neubegründung ewiger Renten wieder erleichtert. S. o. Note 19 u. § 250 Note 14.

29) S. o. § 250 zu Note 12 ff.

30) Es handelt sich hier um eine Reallast, die im Einzelnen vielfach noch dem Landesrecht untersteht. So hinsichtlich der aus den gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnissen ꝛc. und aus dem öffentlichen Recht hervorgehenden Renten. Vgl. Art. 62, 113 ff., 120 ff., 132 EG.BGB.

31) Uebrigens kann sich der Rentenpflichtige auch hier für seine Person durch Veräußerung des Grundstücks von der Last befreien.

*) Rückert, Der Leibrentenvertrag (1857); Eccius in d. Beitr. z. Erläut. d. deutschen Rechts Bd. 45 S. 11; — Dernburg § 201; Endemann I § 189; Cosack § 96a; Mathiaß I § 129; Enneccerus §§ 318 ff.

1) Also die Rente kann in Geld oder in Naturalien bestehen. Die einzelnen Rentenleistungen verfallen periodisch, z. B. jährlich, vierteljährlich, monatlich oder auch täglich (z. B. Tagegelder ꝛc.). — Nicht aber ist Rente einfach Alimentation (hier fehlt die Bestimmtheit der einzelnen Rentenbezüge). Auch das Versprechen gewisser periodischer Dienstleistungen ist nicht Rente (letztere ist ein Kredit-, kein Arbeitsverhältniß).

stimmte Zeit oder bis zum Eintritt eines ungewissen Ereignisses[2]), insbesondere für die Lebensdauer des Berechtigten oder einer anderen Person übernommen sein[3]). Im Zweifel ist die Rente für die Lebensdauer des Gläubigers zu entrichten. § 759 BGB.

a) Der Entgelt der Rente kann vom Gläubiger selbst oder von einem Dritten gegeben werden. Bestellt Jemand zu Gunsten eines Anderen (z. B. seiner Ehefrau) eine Leibrente, so erwirbt der Begünstigte im Zweifel das Rentenrecht unmittelbar, wird also der Gläubiger[4]). § 330.

b) Zur Gültigkeit des Rentenvertrags ist schriftliche Ertheilung des Rentenversprechens — nicht auch schriftliche Annahme — erforderlich. § 761 BGB. So, weil der Uebernehmer der Rentenleistungen in dem Vertrage ein von vornherein nicht leicht zu übersehendes Risiko auf sich nimmt[5]). Bedarf der Vertrag aus irgend einem Grunde (z. B. als Schenkung) einer stärkeren Form, so ist diese zu beobachten[6]).

c) Im Uebrigen unterliegt das Geschäft den allgemeinen Vertragsregeln. Z. B. wird es gegebenenfalls wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig oder wegen Betrugs anfechtbar sein, wenn die Person, auf deren Kopf die Rente gestellt ist, im Augenblicke des Vertragsschlusses schon gestorben oder mit einer tödtlichen Krankheit behaftet war[7]).

2. Was den Inhalt der Verpflichtung betrifft, so richtet sich derselbe

a) nach dem Titel der Rentenschuld. Der Inhalt des Geschäfts ist nöthigenfalls durch Auslegung zu ermitteln. So hinsichtlich der Dauer der Verpflichtung. Eventuell gilt die Vermuthung des § 759 Abs. 1. Stand die Rente, wie hiernach gewöhnlich, auf den Kopf des Gläubigers, so geht die Rentenpflicht mit dem Tode des Schuldners auf

---

2) Auch von einem bestimmten Ereigniß ab, z. B. dem Tod des Ehemannes (Wittwenversorgung).

3) Die Rente ist auf den Kopf des Gläubigers oder eines Dritten gestellt. S. noch oben § 250 Note 25.

4) Es liegt ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor. S. o. § 180 Note 7. Dieser Fall ist wohl von dem zu unterscheiden, da die Rente auf den Kopf eines Dritten gestellt ist (s. o. Note 3).

5) Der Reichstag hat die Schriftlichkeit des Versprechens hier wie bei der Bürgschaft (§ 766 BGB.) als Sicherungsmittel aufgestellt. Die Annahme ist ohne Risiko und darum formlos gültig.

6) Vgl. §§ 311, 313, 518 BGB.

7) Vielfach wird festgesetzt, daß wenn die betreffende Person binnen einer bestimmten Frist nach Abschluß des Vertrags an einer zu dieser Zeit vorhanden gewesenen Krankheit (oder auch abgesehen davon) verstirbt, der Vertrag zusammenfalle. Eine reichsgesetzliche Vorschrift in dieser Hinsicht besteht nicht.

seine Erben über[8]). Dagegen erlischt sie mit dem Tode des Gläubigers, und zwar auch dann, wenn der Gläubiger eines gewaltsamen Todes stirbt. Nur wenn er schuldhaft vom Rentenpflichtigen getödtet ist, muß letzterer aus Schadensersatzgründen die Rente weiter leisten[9]): die Dauer der Rentenpflicht ergibt sich alsdann aus § 844 BGB. Ward der Dritte, auf dessen Kopf die Rente gestellt war, vom Schuldner bei Seite geschafft, so gilt die Rentenpflicht nach § 162 BGB. als fortbestehend[10]).

Haben mehrere Personen sich die Leibrente versprechen lassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie zu gleichen Antheilen berechtigt sind und daß der Antheil eines Jeden mit seinem Tode fortfällt. Arg. § 420 BGB. Es kann aber auch bedungen sein, daß der Antheil der Verstorbenden den Ueberlebenden anwächst (Tontinen). Haben Mehrere die Leistung einer Rente übernommen, so haften sie im Zweifel als Gesammtschuldner[11]). Also bleibt der Längstlebende auf die ganze Rente verpflichtet.

b) Der im Rententitel bezeichnete Betrag ist im Zweifel als der jährliche Rentenbetrag anzusehen. § 759 Abs. 2. Anderseits ist die Rente mangels besonderer Bestimmungen in Zeitabschnitten zu entrichten, wie es der Beschaffenheit[12]) und dem Zweck der Rente entspricht[13]). Geldrenten sind in der Regel vierteljährlich fällig. Außerdem stellt das Gesetz die Pflicht zur Vorausbezahlung der Rente für die betreffenden Zeitabschnitte auf, und zwar mit der Maßgabe, daß der jeweils in Frage stehende Rentenbetrag verfallen ist, wenn der Bezugsberechtigte nur den Beginn des betreffenden Zeitabschnitts erlebt hat[14]). § 360[15]).

---

8) Ebenso natürlich, wenn die Dauer der Rente sich nach einem bestimmten anderen Ereigniß richtete.

9) Er haftet diesenfalls wegen unerlaubter Handlung. § 823 BGB.

10) Bis zur muthmaßlichen Lebensdauer des Dritten. — Einfache fahrlässige Tödtung des Dritten reicht zur Anwendung des § 162 übrigens nicht aus. In diesem Fall nehmen die Mot. Bd. 2 S. 641 ebenfalls die Deliktshaftung (aus § 823 BGB.) an. — Schließlich kann man noch fragen, wie es bei einer für die Lebensdauer des Verpflichteten bedungenen Rente zu halten ist, wenn der Verpflichtete Selbstmord begeht. Ich sehe nicht ein, warum nicht auch hier § 162 BGB. entsprechend angewendet werden soll. Auf anderem Weg argumentirt Oertmann § 759 Note 1. Wie hier Dernburg § 201 i. f.

11) Arg. § 427 BGB.

12) Z. B. Naturalien je nach der Zeit der Gewinnung.

13) Sonst würden die Rentenbezüge ihren Zweck (z. B. den des Lebensunterhalts der Person) verfehlen.

14) War die Vorausbezahlung ausgeschlossen, so findet die Bestimmung keine Anwendung. Ebenso kann sie durch besondere Verabredung ausgeschlossen sein.

Leistet der Rentenpflichtige zur schuldigen Zeit die fälligen Rentenbeträge nicht[16]), so treten die Regeln des Verzugs ein[17]). War der Rentenvertrag ein gegenseitiger, so kann der Gläubiger jedoch nur unter der Voraussetzung von dem Vertrage zurücktreten und das geleistete Rentenkapital zurückfordern, daß der Vertrag nicht aleatorisch ist[18]). Somit ist das Rücktrittsrecht bei den Leibrenten in der Mehrzahl der Fälle ausgeschlossen. Im Konkurs des Verpflichteten wird die Rente nach §§ 69 bezw. 70 KO. kapitalisirt.

II. Gewisse Leibrentenverträge werden von besonderen Rechtsvorschriften beherrscht. Hierher gehören

1. die mit der Ueberlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden[19]) Leibgedings-, Leibzuchts-, Altentheils- oder Auszugsverträge, soweit es sich dabei um partikulare Ergänzungs- oder Auslegungsvorschriften[20]) für den Vertrag handelt. Art. 96 EG. BGB.[21]). Diese bleiben bestehen.

2. Die Leibrente kann auch Gegenstand eines Versicherungsvertrages sein. So insbesondere bei der Wittwenversorgung. Dann entscheiden die Grundsätze des Versicherungsrechts[22]), soweit nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch besondere Bestimmungen getroffen sind. Art. 75 EG.

15) Ebenso wenn die Rente bis zu einem anderen Ereigniß (z. B. Verheirathung, Anstellung der Kinder) zu entrichten ist, so ist der ganze Rentenbetrag verdient, der auf die Periode entfällt, in der das betreffende Ereigniß eintritt. — Das Erleben ꝛc. ist vom Rentengläubiger nachzuweisen.

16) Wegen Verjährung s. o. § 250 Note 4. — Die Einklagung der Raten ist nach §§ 257, 258 CPO. im Voraus gestattet, sogar über den Zeitpunkt des Urtheils hinaus. In einem Prozeß kann die Verurtheilung für die Zukunft stattfinden!

17) S. o. §§ 162, 171 u. oben § 250 Note 22 ff.

18) Wenn das Aequivalent in der Möglichkeit des von einem ungewissen Ereigniß abhängigen Gewinnes oder Verlustes für die eine oder andere Partei besteht, so ist es klar, daß nachdem diese Möglichkeit in eine Gewißheit umgeschlagen oder auch nur die Ungewißheit zum größeren Theil beseitigt ist, nicht mehr res integra gemacht werden kann. Von einem konsumirten Effekt kann man nicht mehr zurücktreten. S. in diversem Sinne Planck vor § 759 Note 1 i. f.; Enneccerus § 319 Note 3. Letzterer nimmt an, daß schon in Einräumung des Rentenrechts die gesammte Erfüllung liege. Dieser Grund würde auch auf nicht aleatorische Rentengeschäfte zutreffen.

19) Ein selbständiger Vertrag unterliegt den reichsgesetzlichen Vorschriften. Es handelt sich meist um die bäuerlichen Gutsabtretungen an die Kinder ꝛc.

20) Nur auf diese ist die Landesgesetzgebung beschränkt. In Betracht kommen z. B. Preuß. AG. Art. 15, Bayr. AG. Art. 32 ff., Sächs. §§ 31 ff., Bad. Art. 9, 26, Hess. Art. 37—66, Elf.-Lothr. § 75 ꝛc.

21) Die Bestimmung bezieht sich nur auf obligatorische Rentenverträge dieser Art. Die Geschäfte werden oft sehr verschieden eingekleidet. Die Rentenverpflichtung bildet einen Theil des Kaufpreises bei der Gutsabtretung; oder sie liegt als Auflage auf einer Schenkung des Gutes; oder sie ist Gegenleistung für eine erbrechtliche successio anticipata u. dgl.

22) S. u. §§ 291 ff.

III. In gewissen Fällen beruht eine Leibrente auf Vermächtniß oder unmittelbar auf gesetzlicher Bestimmung[23]).

Viertes Kapitel.

Uebernahme von Arbeiten und Geschäftsbesorgungen.

I. Einleitung. Geschäftsbesorgung*.

§ 252.

Den Kreditverhältnissen reiht sich die große Gruppe der Arbeitsverhältnisse an. Die detaillirte Entwickelung der dafür in Betracht kommenden Rechtssätze ist neueren Datums[1]); was mit der zunehmenden wirthschaftlichen, politischen und ethischen Bedeutung der Arbeit zusammen hängt. Dazu gesellen sich Schutzvorschriften für die arbeitenden Klassen[2]).

Alle Arbeit wird entweder entgeltlich oder unentgeltlich geleistet. Dieser große Gegensatz, der uns bisher begleitet hat, kehrt auch hier wieder. Entgeltlich sind die Lohnverträge; unentgeltlich ist der Auftrag. Die Art der Arbeitsleistung macht für die Uebernahme im einen oder anderen Vertrage keinen Unterschied.

Endlich können Arbeiten ganz ohne Vertrag (ohne Lohn und Auftrag) freiwillig für einen Anderen vollzogen werden, weil dieser selbst nicht vorsorgen kann. Dies ist Geschäftsführung ohne Auftrag. Sie hat ähnliche Rechtsfolgen.

I. Nicht jede Arbeitsleistung ist eine Geschäftsbesorgung. Beide Begriffe sind zum Verständniß der nachfolgenden Erörterungen von vornherein zu unterscheiden. Die Geschäftsbesorgungen werden vom

---

23) S. z. B. §§ 528, 843 ff., 1361, 1580, 1612, 1710 BGB.; § 7 RHaftpflG. v. 7. Juni 1871 (Art. 42 EG.BGB.) ꝛc.

*) Vgl. Laband im Archiv f. civ. Praxis Bd. 74 S. 324 ff.; Freſe, Zur Lehre v. d. beauftragten Vermögensverwaltung ꝛc. (1889) S. 207 ff.; Löwenfeld, Gutachten a. d. Anwaltsstande (1889) S. 869 ff.; v. Thur, Actio de in rem verso (1895); Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag, Sep.-A. (1898); Riezler, Werkvertrag (1900) S. 72 ff.; Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB. (1900).

1) Vgl. die historische Uebersicht bei W. Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht (Sep.-A. aus d. Jahrb. f. Nationalökonomie Bd. 67) 1896.

2) Gehören die letzteren auch zum größeren Theil in die hier nicht zur Darstellung kommenden Gebiete des Sonderrechts, so haben sie doch vielfach erst den Blick für Dinge eröffnet, die dann auch der Gestaltung des allgemeinen bürgerlichen Rechts zu Gute gekommen sind. Vgl. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (1890) S. 104.

Gesetz vielfach ausgezeichnet[3]). Es handelt sich dabei um ein Geschäft und dessen Besorgung.

1. Geschäfte sind keineswegs blos Rechtsgeschäfte. Vielmehr gehören dazu auch rein thatsächliche Verrichtungen, wie z. B. das Bauen eines Hauses oder die Errichtung einer anderen Konstruktion, die Anlage eines Gartens u. s. w.[4]). Auf der anderen Seite erstreckt sich der Begriff nicht blos auf privatrechtliche, sondern auch auf andere, z. B. prozessualische Geschäfte[5]).

---

3) Die Unterscheidung ist neu. Das alte Recht gewährt zu ihrem Verständniß kaum Anhaltspunkte. Im röm. Recht wurde der Auftrag (mandatum) und die Miethe von Arbeitskräften (locatio-conductio operarum und operis) unterschieden. Man miethete den Proletarier. Bedurfte man der Dienstleistungen eines sozial gleichstehenden Mannes, so war die Rechtsform der Verpflichtung der Auftrag. Prinzipiell wurden solche Dienste unentgeltlich geleistet. Machte man auch wohl eine Gegengabe, so war sie zunächst ein Geschenk. Allmählich entwickelte sich aber nothgedrungen die Auffassung, daß gewisse Dienstleistungen zu honoriren seien: es gestattete jetzt also auch der Auftrag ein Entgelt. Nur wird dieses nicht als Aequivalent für die Dienstleistungen angesehen: letztere erscheinen als unschätzbar (als operae liberales, non locari solitae). In heutiger Zeit war diese ganze Unterscheidung veraltet. Jede Arbeit ist werthvoll. Darum erscheint sie einerseits nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Miethe wie eine Waare (s. o. § 234 Note 6); anderseits ist es geschraubt und für heutige Verhältnisse unnatürlich, die sog. höhere Arbeit (z. B. die eines Arztes, Rechtsanwalts, Künstlers) als unschätzbar (prinzipiell unentgeltlich) anzusehen, sodaß sie nur eine Art Gegengeschenk, keinen richtigen Lohn vertrage. Die 1000 Mark, die ich dem Arzte sende, sind Lohn für seine Thätigkeit sogut, wie die dem Baumeister oder einem sonstigen Werkmeister ꝛc. für seine spezifische Thätigkeit gegebene gleiche Summe. Der honorirte Auftrag mußte also heute mit den Lohnverträgen zusammenfallen.

Nachdem das neuere Recht die dem röm. sogut wie unbekannte direkte Stellvertretung geschaffen hatte, verwirrte dieser Begriff zeitweilig die Auftragslehre. Das Preuß. A.LR. (I Tit. 13 §§ 5ff.) vermischte die Vollmacht mit dem Auftrag, und stellte ihn so in Gegensatz zu den Dienstverträgen, welche rein faktische Dienstleistungen betrafen. Nach der in unserem Gesetz erfolgten richtigen Scheidung von Auftrag und Vollmacht (s. o. Bd. I § 104 bes. zu Note 6) fiel auch dieser Gegensatz zu den Dienstverträgen hinweg.

Demnach unterscheidet unser Gesetz den Auftrag von den sonstigen Dienst- oder Lohnverträgen nur wieder durch seine Unentgeltlichkeit, die aber jetzt strikt durchgeführt wird (also ohne die oben erwähnten Honorarausnahmen). Demnach ist das Anwendungsgebiet der Auftragsregeln (§§ 662—674 BGB.) nur klein. Man glaubte es erweitern zu sollen, indem man die meisten dieser Regeln auf die Lohnverträge übertrug, sofern die dort bedungene entgeltliche Thätigkeit mit der im Auftrag übernommenen unentgeltlichen identisch sei. Fragte sich blos, worin die spezifische Auftragsthätigkeit bestehe? Diese fand man im Wesen der Geschäftsbesorgung, und unterscheidet demgemäß Geschäftsbesorgung und andere Arbeiten. Vgl. § 675 BGB.

4) Dies war schon bei den Römern anerkannt. Vgl. l. 16 Dig. mandati 17, 1. Es folgt auch aus dem Sprachgebrauch unseres Gesetzes, das „Rechtsgeschäfte" regelmäßig mit diesem Namen nennt, hier aber blos von „Geschäft", ja z. B. in den Fällen §§ 1688, 1796, 1909 blos von der Besorgung fremder „Angelegenheiten" redet. S. auch Mot. II S. 526ff. Zustimmend fast alle Autoren.

5) Thatsächliche und Rechtsgeschäfte (z. B. Abgabe prozessualischer Willenserklärungen, Abschluß eines gerichtlichen Vergleichs ꝛc.).

Dagegen ist nicht jede thatsächliche Verrichtung ein Geschäft. Der Sprachgebrauch des Lebens unterscheidet deutlich das geschäftliche Thun von einem anderen, das z. B. dem Vergnügen, der Erholung, der Gesundheit, der Erbauung, der Belehrung 2c. dient. Das geschäftliche Thun berührt das Vermögen der Person, es dient dazu, die wirthschaftliche Lage der Person zu verbessern; und so werden wir denn auch unter „Geschäftsführung für einen Anderen" wesentlich nur ein solches Thun verstehen, das den Anderen unmittelbar in seinem Vermögen betrifft, einen wirthschaftlichen Effekt für ihn herbeiführt[6]). Daher ist es Geschäftsbesorgung, wenn Jemand die Sachen eines Anderen ausbessert, Verwendungen darauf macht, sie verändert, oder daraus neue für ihn herstellt; wenn er ein Vermögensgeschäft für ihn abschließt, seinen Prozeß führt oder sein ganzes Vermögen verwaltet. Dagegen nicht, wenn er blos die Kleider des Anderen ausklopft, als Knecht oder Dienstmagd bei ihm eintritt[7]), oder wenn er als Arzt für seine Gesundheit sorgt, ihm als Hauslehrer seine Kinder erzieht oder ihm Abends vorliest. Sind die letztgenannten Beschäftigungen gegen Lohn übernommen, so liegt ein Lohnvertrag vor, der keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat[8]).

2. Weiter setzt die Geschäftsbesorgung eine genügende Selbständigkeit der geschäftlichen Thätigkeit voraus. Wer seinem Meister oder dem Geschäftsherrn in dessen Thätigkeit blos Hülfe leistet, ist kein Geschäftsbesorger[9]).

---

6) So mehr oder weniger übereinstimmend Cosack § 143 Ziff. II; Oertmann § 675 Note 1; Eck, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 48 S. 357; Hellwig, Vertr. a. Leistung an Dritte S. 517 Note 42; Isay a. a. O. S. 44 ff. — Dernburg § 293 Ziff. IV verwirft diese Auffassung, zu der auch ich mich erst nach einigem Zaudern entschlossen habe. Aber sie ist angesichts des § 675 BGB. nicht zu umgehen. Wenn Dernburg die Fälle des gemeinrechtlichen honorirten Mandats dem § 675 unterstellen will, so steht dies in Widerspruch mit dem Gesetz und der Note 3 geschilderten Entwickelung. Es ist zweifellos, daß z. B. die §§ 665, 666 BGB. auch auf verhältnißmäßig niedrige Besorgungen gegen Lohn (operae locari solitae) wie Waschen, Flicken von Kleidern und Schuhen 2c. Anwendung finden müssen, daß diese also auch unter § 675 gehören. Man kann nur aus dem Begriff der „Geschäftsbesorgung" argumentiren. — Zu weit bestimmt deren Begriff Riezler S. 77. Die angebliche Nothwendigkeit besteht nicht. S. u. § 253 Ziff. II.

7) Das Dienstverhältniß im Ganzen ist gemeint. Wohl können dem Gesinde in seinem Beruf einzelne Dinge aufgegeben werden, die sich als Geschäftsbesorgung qualifiziren. Z. B. der Knecht soll zur Erntezeit mein Feld abmähen 2c. So mit Recht Oertmann a. a. O. gegen Cosack, der den Gesindedienst als solchen zur Geschäftsbesorgung rechnet.

8) Und auf den folglich § 675 BGB. und die darin cit. Bestimmungen keine Anwendung finden.

9) Auch dies liegt im Begriff der „Besorgung".

II. Um hier in Betracht zu kommen[10]), muß die Geschäftsbesorgung sich auf fremde Angelegenheiten beziehen. Daß das besorgte Geschäft ein fremdes ist, ergibt sich bei vertraglicher Uebernahme (mag sie entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt sein) ohne Schwierigkeit aus dem Vertrage[11]). Erfolgte die Geschäftsführung ohne Auftrag, so ist die Beantwortung der Frage, ob eine Einmischung in fremde Angelegenheiten vorliegt, nicht immer leicht[12]).

III. Aus der vertragsmäßigen Besorgung fremder Geschäfte entstehen kraft Gesetzes bestimmte Verpflichtungen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsbesorger, die überall wiederkehren, wo eine solche Geschäftsführung (entgeltlich oder unentgeltlich) übernommen worden ist[13]). Diese Verpflichtungen sind hier zunächst darzustellen.

1. Verpflichtungen des Geschäftsbesorgers.

a) Wer auf Ersuchen eines Anderen für diesen ein Geschäft führt[14]), muß es in der ihm übertragenen Art und Weise vollziehen. Er muß sich also streng an die Anweisungen (Instruktionen) des Geschäftsherrn halten[15]) und, soweit solche nicht vorliegen, nach dessen muthmaßlichem Willen handeln. Ja der Geschäftsbesorger darf aus dem letzteren Gesichtspunkt sogar von ertheilten Anweisungen abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Geschäftsherr bei Kenntniß der Sachlage die Abweichung billigen würde[16]). Er ist in

---

10) Als Entstehungsgrund von Schuldverhältnissen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsbesorger.

11) S. jedoch unten § 253 Note 13 über Rathsertheilung (mandatum tua gratia) ꝛc.

12) S. darüber unten §§ 254 ff. über die Geschäftsführung ohne Auftrag.

13) Auf die Geschäftsführung ohne Auftrag werden sie soweit angewendet als sie auf das vertragslose Verhältniß passen. Darüber s. u. §§ 254 ff. Dagegen gelten sie wiederum fast unverändert, wo einem Gesellschafter, Vereinsvorstand oder Vorstand einer Stiftung, einem Testamentsvollstrecker u. s. w. die Führung der Gesellschafts-, Vereins-, Stiftungs-, Nachlaßgeschäfte u. dgl. übertragen ist. S. §§ 27, 86, 713, 1978, 2218 BGB.

14) Resp. zu führen übernommen hat.

15) An die ursprünglichen und die nachträglich ertheilten. — Nur darf durch die letzteren die Verpflichtung des Geschäftsbesorgers nicht übermäßig erschwert werden. Denn diese sind regelmäßig nicht wie die ersteren lex contractus. Der Geschäftsbesorger ist nur gehalten, sie soweit zu erfüllen, als dies nach Treu und Glauben von ihm verlangt werden kann, und darüber hinaus dem Herrn rechtzeitig Nachricht zu geben. Unter Umständen liegt darin ein „wichtiger Grund" zur Kündigung des Verhältnisses.

16) Der Geschäftsführer darf dies von seinem (subjektiven) Standpunkt aus beurtheilen; ist also haftfrei, wenn sich von diesem Standpunkt aus vernünftigerweise die Billigung des Herrn erwarten ließ. Darüber hat eventuell das Gericht nach freiem Ermessen zu entscheiden.

Ausübung der von ihm anzuwendenden gehörigen Sorgfalt unter Umständen sogar dazu verpflichtet[17]). Zur Sicherung des Geschäftsherrn ist diesem jedoch (soweit er nicht dem Geschäftsführer in der Ausführung der Angelegenheit Spielraum gelassen hat)[18]), soweit thunlich, vor der Abweichung Anzeige zu machen[19]). Der Geschäftsführer hat dann die Entschließung des Herrn abzuwarten, falls nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist[20]). § 665 BGB.

Die Folge der Ueberschreitung des Auftrags[21]) ist, daß der Geschäftsherr das Geschehene nicht auf seine Rechnung zu übernehmen braucht[22]). Im Falle des Verschuldens[23]) kann er außerdem von dem Geschäftsführer Schadensersatz verlangen.

b) Der Geschäftsführer ist verpflichtet, dem Geschäftsherrn über seine zur Ausführung des Geschäfts vollzogenen Maßnahmen die erforderlichen Nachrichten zu geben[24]); überdies auf Verlangen jederzeit[25]) über den Stand des Geschäftes Auskunft zu ertheilen[26]), sowie

c) nach erfolgter Ausführung des Geschäfts über seine Thätigkeit Rechenschaft (Rechnung) abzulegen[27]). § 666.

---

17) S. o. § 157. — Es ergibt sich dies ohne ausdrücklichen Ausspruch aus dem Begriff der Diligenzpflicht. Z. B. wenn der Erwerb ꝛc. unter günstigeren als vom Geschäftsherrn gesetzten Bedingungen möglich geworden ist. Zustimmend Oertmann § 665 Note 3.

18) Sog. fakultative Mandate, Aufträge mit gesetzten Limiten u. dgl. Auch soweit die Ausführung für den Geschäftsherrn günstiger ist, wird dieser Fall nicht selten vorauszusetzen sein. Vgl. schon l. 5 § 2 ff., l. 8 § 4 Dig. mandati 17, 1.

19) Stillschweigen auf die Anzeige innerhalb der gewöhnlichen Antwortsfrist (vgl. § 147 Abs. 2 BGB.) muß regelmäßig als Zustimmung des Geschäftsherrn gedeutet werden.

20) Dies muß bei Unterlassung der Anzeige oder des Abwartens gegebenenfalls der Geschäftsführer beweisen.

21) Resp. der Unterlassung der erforderlichen Anzeige.

22) Es sei denn

a. daß der Geschäftsführer das Geschäft den Anweisungen des Herrn nachträglich noch anpaßt (z. B. das zuviel Gezahlte aus eigenen Mitteln zulegt ꝛc.). Dies darf er, und hat dann dieselben Rechte, wie wenn die Anweisungen von vornherein befolgt wären (eine Schenkung liegt darin nicht). S. schon l. 3 § 2, l. 4, l. 41 Dig. mand. 17, 1.

b. Liegen die Voraussetzungen der nützlichen Geschäftsführung vor (s. u. §§ 254 ff.), so ist der Fall nach deren Grundsätzen zu beurtheilen.

c. Ist die Abweichung vom Geschäftsherrn genehmigt, so gilt die Anweisung als nicht überschritten.

23) Bezw. eines vom Geschäftsführer zu vertretenden Verhaltens. — Vgl. wegen der Schadensersatzpflicht auch Entsch. d. RG. Bd. 34 S. 163.

24) Ohne Aufforderung! Dazu gehören schon die unter a erwähnten Anzeigen; aber auch sonstige. Z. B. der Geschäftsführer ist durch ein imperatives Mandat gebunden, welches sich als unzweckmäßig herausstellt. Er muß dem Geschäftsherrn Gelegenheit geben, seinen Entschluß zu ändern.

25) Soweit das Verlangen nicht gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstößt oder geradezu chikanös ist.

26) S. über den Inhalt dieser Verpflichtung oben Bd. I § 136.

d) Endlich hat der Geschäftsführer[28]) Alles, was er zur Ausführung der Besorgung vom Geschäftsherrn erhielt[29]) oder aus der Besorgung erlangte[30]), dem Geschäftsherrn herauszugeben[31]). § 667. Dies trifft selbst zufällige Vortheile. Gleichgültig ist, ob der Geschäftsführer die erlangten Gegenstände im eigenen Namen oder im Namen des Geschäftsherrn erwarb (ob also mit dem Geschäftsauftrag eine Vollmacht an den Geschäftsführer verbunden war). Letzteres bewirkt nur, daß die Wirkungen des Geschäfts unmittelbar für den Herrn eintreten[32]): daß dieser Dritten gegenüber, mit denen der Geschäftsführer verhandelte, aus dem Geschäftsabschluß unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, und, wenn sich die Vollmacht auf Erwerb von Sachen bezog, mit dem Empfang der Sachen durch den Stellvertreter sofort Eigenthümer wird[33]). Die Verpflichtung des Geschäftsführers beschränkt sich hier auf die Herausgabe des Besitzes. Hatte der Geschäftsführer dagegen das Geschäft im eigenen Namen abzuschließen[34]), so tritt eine direkte Rechtsbeziehung des Geschäftsherrn zum Dritten nicht ein[35]) und die Herausgabepflicht geht auf die Uebertragung von Besitz

27) Nach Maßgabe unserer Ausführungen Bd. I § 137. Vgl. §§ 259, 260 BGB. und § 384 HGB. Die Verpflichtungen der Noten 26 u. 27 sind untheilbar. S. u. Note 31 i. f.

28) Auf Grund der gelegten Rechnung oder sonstigen Rechenschaft.

29) Selbstverständlich soweit es nicht zur Ausführung zu verwenden war, z. B. Reisegelder, Ankaufspreise. — Das Uebergebene ist in Natur oder in Sachen gleicher Art, Menge und Güte zurückzugeben (wenn es sich um vertretbare Sachen handelt und anzunehmen ist, daß diese vertragsmäßig in's Eigenthum des Geschäftsbesorgers übergehen sollten).

30) Nicht blos gelegentlich der Besorgung. Die Unterscheidung dürfte hier nicht schwerer sein, wie die ähnliche zu §§ 31, 831 BGB. Z. B. ein Rabatt ist im (resp. auf das) Geschäft selbst gewährt, ein dem Geschäftsbesorger gewährtes Trinkgeld aber nicht. Es geht zu weit, auch letzteres dem Herrn zuzusprechen. Ob handelsrechtliche Extraprovisionen zum Einen oder Anderen gehören, mag hier unentschieden bleiben. Wie hier Oertmann § 667 Note 1c. A. M. (aber wie gezeigt ohne gesetzliche Nöthigung) Prot. Bd. 2 S. 360, Cosack § 144 II Ziff. 5c, Dernburg § 296 zu Note 19. S. jedoch den letzteren selbst bei Note 20. Ich frage: wenn der Geschäftsbesorger bei Gelegenheit des Auftrags auf eigene Rechnung andere Geschäfte schließen kann, darf er dann nicht auch für sich eine Schenkung annehmen? — Wegen Vergleichs- und Erlaßvortheilen aus vom Geschäftsführer im eigenen Namen abgeschlossenen Geschäften s. noch Entsch. d. RG. Bd. 4 S. 295 ff., Bd. 9 S. 296.

31) S. schon l. 20 pr. Dig. mand. 17, 1; Preuß. A.L.R. I Tit. 13 §§ 61 ff., Code Nap. Art. 1963, Sächs. GB. § 1310. Ex mandato nihil apud mandatarium remanere oportet. Vor Allem sind Zuwachs und Nutzungen des Geschäftsgegenstandes selbst mit herauszugeben. An mehrere Geschäftsherrn gemeinschaftlich nach § 432 Abs. 1 BGB. S. Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 312.

32) D. h. nach Außen hin. S. o. Bd. I §§ 103 ff. über die Stellvertretung.

33) Bei Immobilien übrigens erst mit Ueberschreibung derselben auf seinen Namen im Grundbuch.

34) Bezw. abgeschlossen. S. o. § 103 Ziff. 2.

35) Abgesehen von Cession, Schuldübernahme u. dgl. Näheres bei Crome,

und Eigenthum. Hier beschäftigt uns nur das interne Verhältniß zwischen dem Geschäftsführer und dem Herrn[36]).

Verwendet der Geschäftsführer Geld für sich, das er nach den obigen Grundsätzen dem Herrn herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so muß er es von der Zeit der Verwendung ab verzinsen[37]). § 668.

Ein eventuelles Zurückbehaltungsrecht des Geschäftsführers wird durch die obigen Vorschriften nicht berührt[38]).

2. Verpflichtungen des Geschäftsherrn. Aus der Geschäftsbesorgung wird der Geschäftsherr nur insoweit verpflichtet, als er[39]) dem Geschäftsführer den Nachtheil zu ersetzen hat, den dieser durch die Ausführung des Geschäfts erleidet[40]). Hieraus ergibt sich:

a) Der Geschäftsherr hat dem Geschäftsführer seine Auslagen zu ersetzen, d. h. alle Aufopferungen, die letzterer zum Zweck der Ausführung[41]) des übertragenen Geschäfts nach Maßgabe der ertheilten Anweisungen[42]) gemacht hat[43]), soweit er dieselben den Umständen nach für erforderlich erachten durfte[44]). § 670 BGB. Ob die Ausführung gelang, ist gleichgültig.

Die Erstattung hat nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 256, 257 BGB.) zu geschehen[45]). Sog. Regreßforderung des Geschäftsführers.

Die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897) S. 258 ff. Danach kann der Dritte gegen den Herrn regelmäßig nicht klagen.

36) Ueber das externe s. auch Isay S. 165 ff.

37) Sofern kein besonderer Schadensersatz verwirkt ist, der den Zinsbetrag übersteigt.

38) S. o. Bd. I § 124, sowie auch unten Ziff. 2a Note 45.

39) Nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Danach bestimmt sich hier insbesondere auch die Höhe der Ersatzpflicht des Herrn.

40) An sich erzeugt die Geschäftsbesorgung, sofern kein Lohn dafür bedungen ist, nur eine einseitige Verbindlichkeit. Die Verpflichtungen des Geschäftsherrn sind nur mit einer sog. actio contraria geltend zu machen.

41) Einschließlich der Vorbereitungen, Reisekosten, Gutachten, Korrespondenzen üblichen Trinkgelder.

42) S. o. zu Note 15 ff. Bei unerlaubter Ueberschreitung kommt es auf die Genehmigung des Herrn an. S. auch oben Note 22 i. f.

43) Es handelt sich hier nicht um ein Honorar, sondern nur um Rückerstattung.

44) Von seinem (subjektiven) Standpunkt aus. Von diesem Standpunkt aus aber wird nur vernünftige, sorgfältige Erwägung berücksichtigt. Ebenso wie oben Note 16. S. schon l. 29 § 1 Dig. mandati 17, 1. — Ob der Geschäftsherr selbst billiger gewirthschaftet hätte, ist gleichgültig. Ebenso schon l. 27 § 4 Dig. eod.

45) S. o. § 151 Ziff. III. Also eventuell durch Abnahme der vom Geschäftsführer eingegangenen Verbindlichkeiten. Der Regreßbetrag ist von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen. Wegen des Zurückbehaltungsrechts des Geschäftsführers s. § 273 BGB.

Für seine eventuellen Auslagen kann der Geschäftsführer vom Geschäftsherrn Vorschuß verlangen. § 669. Der Vorschuß ist nach der voraussichtlichen objektiven Sachlage zu bemessen und kann vom Geschäftsführer auch eingeklagt werden[46]). Ebensowenig braucht er vor Leistung des Vorschusses mit der Ausführung des Geschäftes zu beginnen[47]).

b) Aus dem Eingangsprinzip beantwortet sich auch die vom Gesetze nicht entschiedene Frage[48]), inwiefern der Herr dem Geschäftsführer den Schaden zu ersetzen hat, den dieser bei Ausführung des übertragenen Geschäfts erleidet. Selbstverständlich ist, daß der Geschäftsherr für allen Schaden haftet, der auf einem Verschulden des Geschäftsherrn beruht[49]) oder den er vertragsmäßig übernommen hat[50]). Aber auch darüber hinaus muß er ihn tragen, soweit der Schaden dem Geschäftsführer aus der Besorgung des Geschäftes selbst[51]) innerhalb der Anweisungen des Herrn[52]) entstanden ist, nicht soweit der Schaden blos gelegentlich dieser Ausführung entstand[53]).

---

46) A. M. Motive Bd. 2 S. 540. S. aber Planck a. a. O. Note 1, Oertmann Note 5, Dernburg § 297 Ziff. II u. A. Allerdings kann der Geschäftsherr der Klage unter Umständen mit (zulässiger) Rücknahme des Auftrags und Sistirung der Arbeit nach § 649 BGB. begegnen (s. schon oben § 163 Ziff. I).

47) Dies liegt in dem Begriff des Vorschusses.

48) Vgl. über diese Frage Mommsen, Erörterungen II S. 58; Unger in Ihering's Jahrb. Bd. 33 S. 328 ff.; Eisele im Archiv f. civ. Praxis Bd. 84 S. 319. Oertmann § 670 Note 3. Das Gesetz wollte in die „Streitfrage" nicht eingreifen. S. Motive II S. 541, Prot. II S. 367 ff. Abgelehnt ist damit die Haftung des Geschäftsherrn keineswegs. A. M. G. Rümelin im Archiv f. civ. Praxis Bd. 88 S. 314; Planck § 670 Note 3.

49) Dies ist allgemein anerkannt. Z. B. der Herr gewährt dem Geschäftsführer unzureichende Mittel (schlechten Stoff u. dgl.). Oder er verschweigt die ihm selbst, aber nicht dem Geschäftsführer bekannten mit der Ausführung verbundenen Gefahren.

50) Der Geschäftsherr übernimmt das ganze „Risiko". War die Gefahr für beide Parteien voraussehbar, so kann unter Umständen eine stillschweigende Uebernahme des Risiko durch den Geschäftsherrn anzunehmen sein (eventuell auch eine Ersatzpflicht aus dem Gesichtspunkt von Aufwendungen: lit. a).

51) Cuius est commodum eius est periculum. Die Unterscheidung ist die gleiche wie oben Note 30, und ist auch im Einzelfalle nach denselben Grundsätzen zu vollziehen. Danach haftet der Herr z. B. wenn der Geschäftsführer auf der zur Ausführung erforderlichen Reise beraubt wird oder einen Eisenbahnunfall erleidet. Nicht aber wenn er dabei in Trunkenheit mit Anderen in Streit geräth, oder bei einer Erholungstour Schaden nimmt. Vgl. Unger in Ihering's Jahrb. Bd. 33 S. 329; Eisele im Archiv f. civ. Praxis Bd. 84 S. 319; Oertmann § 670 Note 3.

52) Der wirklichen resp. muthmaßlichen im Sinne von Note 15. Darüber hinaus liegt kein Kausalzusammenhang mit dem Unfall vor. Der Schaden muß, wenn auch nicht vom Herrn verschuldet, doch jedenfalls durch den von ihm ertheilten Auftrag veranlaßt sein. S. o. Bd. I § 108.

53) S. o. Note 51. Auch hier fehlt der Kausalzusammenhang.

IV. Im Allgemeinen ist die Uebernahme einer Geschäftsbesorgung in das freie Belieben des Geschäftsführers gestellt, es sei denn, daß er sich im Voraus zur Ausführung verpflichtet hatte[54]). Besonderheiten gelten jedoch für den Fall, daß Jemand zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist[55]) oder sich zu einer solchen öffentlich[56]) oder einem bestimmten Antragsteller gegenüber[57]) erboten hat. In allen diesen Fällen darf der Geschäftsherr, der demnächst den Geschäftsbesorger um Uebernahme einer Angelegenheit des betreffenden Bereiches ersucht, auf Annahme des Auftrags[58]) rechnen. Will der Ersuchte gleichwohl die Uebernahme ablehnen, so muß er dies dem Ersuchenden unverzüglich[59]) anzeigen[60]), widrigenfalls er dem letzteren schadensersatzpflichtig wird. § 663. Der Antrag selbst gilt nicht als angenommen[61]); der beabsichtigte Vertrag kommt mangels Einwilligung nicht zu Stande[62]). Der Schadensersatz besteht in der Leistung des negativen Vertragsinteresses[63])[64]).

V. Endigung der Geschäftsbesorgung.

1. Abgesehen von den besonderen Endigungsgründen aus dem Vertrage[65]) erlischt die Geschäftsbesorgung, also Recht und Pflicht

---

54) S. o. § 167 Ziff. III. Eine Verpflichtung dazu kann unter Umständen auch auf Grund des öffentlichen Rechtes bestehen.

55) Vom Staat, einer Gemeinde oder einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts ꝛc. — ähnlich wie in § 407 CPO. (s. die dortige Litteratur). Hierhin gehören z. B. Notare, Gerichtsvollzieher, öffentlich bestellte Auktionatoren, Handelsmäkler. Rechtsanwälte zufolge § 30 der RAO. v. 1. Juli 1878.

56) Z. B. durch Inserate, öffentliche Anschläge u. s. w. Z. B. Privatdetektivinstitute, Mäkler, Agenten, Rechtskonsulenten ꝛc.

57) Hier auch privatim. — Ein allgemeines (vages) Angebot genügt nicht. Es muß sich auf genau bezeichnete Angelegenheiten beziehen.

58) Der Ausdruck „Auftrag" im weitesten Sinne — als Antrag zur Uebernahme einer bestimmten in das Ressort des Angebots fallenden Geschäftsbesorgung — verstanden.

59) D. i. ohne schuldhaftes Zögern. S. § 121 BGB.

60) Empfangsbedürftige Erklärung. Bd. I § 88. Der Anzeigende haftet aber nicht dafür, daß die Erklärung an den Gesuchsteller gelangt. Dies folgt schon aus der Verbindung mit dem „unverzüglich". Zufall ist zu Lasten des Gesuchstellers. So auch Dernburg § 295 Ziff. III.

61) Sofern er es nicht nach den allgemeinen Grundsätzen über das Stillschweigen ist. S. o. Bd. I § 86 i. f. Dann ist zu erfüllen resp. eventuell das positive Erfüllungsinteresse zu leisten.

62) Anders im Handelsrecht: § 362 HGB. Hier gilt der Antrag als angenommen.

63) S. o. § 151 zu Note 25 ff. — Im Falle des § 362 HGB. haftet der Geschäftsführer, da der Vertrag zu Stande gekommen ist, auf das positive Erfüllungsinteresse.

64) Die Hauptbedeutung der Bestimmung liegt bei den entgeltlichen Geschäftsbesorgen: Dienstvertrag, Werkvertrag u. s. w.

zur weiteren Ausführung[66]), ihrem Wesen nach aus folgenden Ursachen:

a) Im Zweifel durch den Tod des Geschäftsführers. § 673. Die Geschäftsbesorgung ist ein besonderes Vertrauensverhältniß, das sich nicht ohne Weiteres auf die Erben des Geschäftsführers übertragen läßt[67]). Das Gegentheil kann aber bestimmt sein[68]). Auch eintretende Geschäftsunfähigkeit des Angestellten muß das Verhältniß beendigen[69]).

b) Dagegen beendigt der Tod oder eintretende Geschäftsunfähigkeit des Herrn im Zweifel das Verhältniß nicht, — kann es aber beendigen[70]). § 672. Ebenso sind die Fälle zu behandeln, da eine juristische Person sich auflöst[71]) oder ein gesetzlicher Vertreter, der die Geschäftsbesorgung angeordnet hatte, aus seiner Stellung ausscheidet[72]). Konkurseröffnung über das Vermögen des Herrn beendigt die Geschäftsführung nach § 23 KO., es sei denn, daß das Geschäft sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht[73]).

2. Bis zu gewissem Grade gilt eine beendigte Geschäftsführung als fortdauernd[74]), sodaß weiter gehandelt werden muß bezw. das noch Geschehene gegenüber dem Geschäftsherrn wirksam ist.

---

65) Kraft der besonderen Abmachung, oder überhaupt nach Maßgabe der verschiedenen Vertragstypen: z. B. Auftrag (§ 671), Dienstvertrag (§§ 620 ff.), Werkvertrag (§§ 636, 640, 648, 649 ff. BGB.) 2c.

66) Die aus der Vergangenheit herrührenden, bereits entstandenen Rechte und Pflichten der Parteien werden nicht aufgehoben.

67) Die Endigung des Mandats aus solchem Grunde war denn auch in den bisherigen Rechten allgemein anerkannt. S. Mot. II S. 549. Die Uebertragung auf die entgeltlichen Geschäftsbesorgungen ist nur gerechtfertigt.

68) Beweispflichtig ist, wer dieses behauptet.

69) Auch wenn er nicht zur Vornahme von Rechtsgeschäften bestellt ist, kann er doch nicht mehr für den Geschäftsherrn handeln. — Bloße Geschäftsbeschränkung schadet nicht immer. Arg. § 165 BGB. Ebensowenig ist Konkurs des Geschäftsführers ein regelmäßiger Endigungsgrund.

70) Anders im ehemaligen gemeinen Recht (vgl. l. 26 Dig. mand. 17, 1); doch wurde das prinzipielle Erlöschen des Mandats hier schon durch zahlreiche Ausnahmen (sog. mandatum post mortem) durchbrochen. — Die Beweispflicht für das Gegentheil trifft auch hier den Behauptenden.

71) Vgl. Dernburg § 298 I Ziff. 3. Also die übertragene Geschäftsführung dauert fort; es sei denn, daß das Geschäft sich auf solche Aufgaben der jur. Person bezieht, die in der Liquidation nicht weiterzuführen sind. Anders Planck § 672 Note 3.

72) Hier will Dernburg a. a. O. Ziff. 6 unterscheiden, ob der Vertreter ein Beamter oder ein Anderer, z. B. ein Vormund ist. Ich vermag diesen Unterschied nicht einzusehen. Der neue Vormund oder der großjährig gewordene Mündel mag kündigen. Im Uebrigen ist er durch die Handlungen seines bisherigen Vertreters gebunden.

73) Die Ausnahme hat der sie Behauptende zu beweisen. — S. auch § 27 KO.

74) Aehnlich wie bei juristischen Personen, Gesellschaften, der ehelichen Gütergemeinschaft 2c. nach deren Auflösung. Es handelt sich um das Grundprinzip der Abwickelung laufender Geschäfte.

a) Dies ist allgemein der Fall bei Endigung der Geschäftsbesorgung durch Tod der einen oder anderen Partei und gleichstehende Umstände[75]).

Hier haben

α. die Erben oder gesetzlichen Vertreter des Geschäftsführers den Tod ꝛc. des letzteren unverzüglich[76]) dem Geschäftsherrn anzuzeigen, ja sogar die Besorgung des Geschäftes fortzusetzen, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist; und zwar solange, bis der Geschäftsherr anderweit Fürsorge treffen kann[77]). § 673 i. f.

β. Beendigt der Tod ꝛc. des Geschäftsherrn oder Konkurs über sein Vermögen die Geschäftsführung, so hat der Geschäftsführer entsprechend die Besorgung fortzusetzen, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, bis der Erbe, der Vertreter des Herrn[78]) oder der Konkursverwalter anderweit Fürsorge treffen kann[79]). § 672 BGB., § 23 KO.

b) Zu Gunsten des Geschäftsführers, also lediglich in seinem Interesse und mit Wirkung für ihn, gilt jede Geschäftsführung, die nicht ihm selbst gegenüber widerrufen wurde[80]), solange als fortbestehend, bis der Geschäftsführer von dem Erlöschen Kenntniß erlangt oder dasselbe kennen muß[81]). § 674 BGB., § 23 KO. Die Folge ist, daß aus dem weiteren Handeln des Geschäftsführers[82]) seine

75) S. o. zu Note 69, 71 ff.

76) D. h. ohne schuldhaftes Zögern! S. § 121 BGB. Es erstrecken sich also gewisse Wirkungen der vom Erblasser übernommenen Geschäftsführung auch soweit sie sich auf die Zukunft beziehen (wegen der in der Vergangenheit eingetretenen s. o. Note 66), auf die Erben. Diese sind nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet so, wie im Text angegeben, zu handeln, und haften eventuell auf Schadenersatz.

77) Dem Erben, der die Fortsetzung des Geschäfts verabsäumte, wird aber vom Herrn bewiesen werden müssen, daß er dabei pflichtwidrig handelte. Auch ist der Erbe entlastet, wenn von seinem (subjektiven) Standpunkt aus vernünftigerweise angenommen werden konnte, daß ein weiteres Handeln unnöthig sei. Arg. der allgemeinen Verpflichtungen des Geschäftsführers (s. o. Ziff. III), in die der Erbe eingetreten ist. — Mehrere Erben haften als Gesammtschuldner. Arg. §§ 431, 2058 BGB. — Selbstredend haben die Erben nach § 666 Schlußrechnung zu legen. Dies folgt schon aus Note 66.

78) Bei Geschäftsunfähigkeit oder den anderen oben Note 71 ff. hervorgehobenen Momenten.

79) Die Nothwendigkeit hat auch hier der Geschäftsführer von seinem Standpunkt aus zu beurtheilen.

80) Der Widerruf ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die als solche (s. Bd. I § 88) vom Gegner empfangen werden, also ihm zugehen muß. Auf Kenntnißnahme des Empfangs kommt es nicht an. — Dagegen endigt die Geschäftsführung bei bedingtem Widerruf nicht blos durch diesen, sondern durch Eintritt der Bedingung. Der Text ist daher für den Fall der Unkenntniß des Geschäftsführers vom Eintritt der Bedingung anwendbar.

81) Fahrlässigkeit. S. Bd. I § 111 i. f.

82) Auf Beendigung der Geschäftsführung durch seinen Tod bezieht sich der

gewöhnlichen Ansprüche gegen den Herrn erwachsen[83]). Zum weiteren Handeln ist er aber hier (abgesehen von lit. a) nicht verpflichtet[84]).

II. Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag.

§ 253.

A. Der Auftrag*.

I. Auftrag ist der Vertrag, in welchem sich die eine Partei der anderen unentgeltlich zu einer bestimmten Geschäftsbesorgung verpflichtet. § 662 BGB.[1]). Geschäftsherr ist der Auftraggeber; Geschäftsführer der Beauftragte. Gegenstand des Vertrags ist die Thätigkeit des letzteren. Aber ein Umsatz dieser Thätigkeit gegen Entgelt (Lohn) findet nicht statt. Der Vertrag ist also ein einseitiger.

Von der Art der bedungenen Thätigkeit war schon die Rede[2]). Hier ist nur hinzuzufügen, was sich auf die unentgeltliche Uebernahme bezieht.

1. Das Geben des Auftrags allein führt noch keine Verpflichtung zur Besorgung des Geschäftes herbei. Eine solche entsteht erst durch Annahme des Auftrags. Diese ist Vertragsannahme[3]). Der Beauftragte übernimmt dadurch die Pflicht, in der bezeichneten Weise für den Auftraggeber zu handeln, und hat die erwähnten Ansprüche aus seiner Thätigkeit[4]). M. a. W. die Geschäftsbesorgung geht auf Rechnung des Auftraggebers. Ob sie auch auf seinen Namen geht, hängt

---

§ 674 nicht. Ueberhaupt kämen die Erben des Geschäftsführers erst durch Kenntniß von seinem Tode zum Handeln. — Soweit der Geschäftsführer kündigen durfte und gekündigt hat, kommt § 674 BGB. zur Anwendung. Denn da die Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung erst vom Empfang ab wirkt, ist der Eintritt dieser Wirkung nicht immer sicher (z. B. auf weite Entfernung, in Kriegszeiten ꝛc.).

83) S. o. III Ziff. 2. Vgl. schon l. 15, 26 pr. Dig. mandati 17, 1. Der Geschäftsherr muß, um die Haftung abzulehnen, die Kenntniß resp. das Kennenmüssen des Geschäftsführers beweisen. S. auch Mot. II S. 554.

84) Wegen des eventuellen Fortwirkens einer Vollmacht zu Gunsten dritter Personen, mit denen der Geschäftsführer sich einließ, s. §§ 168 ff. BGB. u. oben Bd. I § 104 I Ziff. 2.

*) S. die oben § 252 Citirten. Ferner Schollmeyer § 8; Dernburg §§ 293 ff.; Endemann I § 177; Cosack § 150; Mathiaß I § 125; Enneccerus I §§ 294 ff.

1) S. übrigens noch unten Ziff. II.

2) S. o. § 252.

3) Annahme des Antrags des Auftraggebers. Es gelten die Regeln des Vertragsschlusses Bd. I §§ 89 ff.

4) Daß die Einseitigkeit des Vertrags dadurch nicht alterirt wird, s. § 252 Note 39 ff. Die Ansprüche des Beauftragten sind daselbst vollständig abgehandelt.

davon ab, ob mit dem Auftrag eine Vollmacht[5]) verbunden ist. Nothwendig ist dies schon deshalb nicht, weil der Auftrag nicht auf Rechtshandlungen zu gehen braucht[6]) resp. weil, wenn er auf solche geht, das Rechtsgeschäft von dem Beauftragten in eigenem Namen vorgenommen werden kann (und ohne Vollmachtsertheilung soll). Der Beauftragte hat zufolge des Auftrags nur das Resultat dem Auftraggeber herauszugeben. Wegen der eventuellen Passiven hat er auf Deckung Anspruch[7]).

a) Die Zulässigkeit des Auftrags steht unter den allgemeinen Vertragsregeln. Eine Form ist trotz der Unentgeltlichkeit nicht vorgeschrieben. Der Vollzug ist keine Schenkung[8]). Was den Inhalt betrifft, so darf das übertragene Geschäft natürlich nicht unmöglich[9]) oder unerlaubt sein[10]). Dagegen kann der Auftrag sowohl auf gegenwärtige als künftige Geschäfte, auf eines oder mehrere zugleich, daher auch auf eine ganze Vermögensverwaltung gehen[11]).

b) Das aufgetragene Geschäft darf nicht blos im Interesse des Beauftragten liegen, sondern entweder im Interesse des Auftraggebers oder eines Dritten, oder im Interesse einer dieser Personen und des Beauftragten zugleich[12]). Andernfalls fehlt ein genügender Verpflichtungsgrund zur Ausführung: es liegt ein bloßer Rath oder eine Empfehlung vor[13]). § 676. Die Rathsertheilung kann Rechtsgeschäft sein[14]), insbesondere eine Garantieübernahme für die Richtigkeit des ertheilten Rathes in sich schließen. Dann haftet der Ertheiler des Rathes aus dem Garantieversprechen oder dem sonstigen Inhalt der Vereinbarung[15]). Abgesehen davon ist er nur

5) S. o. Bd. I §§ 103 ff. Ob das Eine zugleich mit dem Anderen gewollt war, ist Thatfrage. Es entscheidet die Auslegung.

6) S. o. § 252 Ziff. I über die vorkommenden Arten der Geschäftsbesorgung.

7) S. insbes. §§ 667, 670 BGB. u. oben § 252 Ziff. III.

8) Weil er keine Zuwendung enthält. S. o. § 230.

9) Z. B. das Geschäft ist schon erledigt. Vgl. l. 12 § 14 Dig. mandati 17, 1.

10) S. darüber die allgemeinen Vorschriften oben Bd. I § 85 bes. Ziff. 1.

11) S. schon oben § 252 I Ziff. 1 (l. 1 § 1, l. 63 Dig. de proc. 3, 3; l. 1 § 1 Dig. de min. 4, 4). Die Besonderheiten für die ehemals sog. „Generalmandate", die übrigens wesentlich auf die Vollmacht Bezug hatten, sind aufgehoben. S. schon Bd. I § 104 Note 34.

12) Römisch sprach man hier von mandatum mea und aliena gratia. Vgl. l. 2 Dig. mandati 17, 1; §§ 1—7 J. de mand. 3, 26.

13) Mandatum tua gratia. L. 2 § 6 Dig. eod.: magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur.

14) Z. B. von Seiten eines Auskunftsbureaus 2c.

15) S. schon l. 12 § 13 Dig. mand. 17, 1. Ebenso § 676 BGB. — Z. B. die Vereinbarung kann dahin gehen, daß der Rath nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung zu ertheilen sei, sodaß der Rathende auf diesem Wege für jede Sorgfalt haftet (so im Fall der vor. Note).

nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff. BGB.)[16]), insbesondere für arglistige[17]) Ertheilung eines falschen Rathes (§ 826) oder als Beamter wegen Verletzung einer Amtspflicht (§ 839) verantwortlich. Die Vorschriften über den Auftrag sind auf diesen Fall unanwendbar[18]).

2. Die Verpflichtungen aus dem Auftrag sind die Rechtsbeziehungen des Auftraggebers und des Beauftragten aus der Geschäftsbesorgung[19]). Dazu tritt hier nur Weniges. Ein Honorar für die Besorgung findet nicht statt[20]). Dennoch haftet der Beauftragte mangels anderweitiger Verabredung für jedes Verschulden[21]). Für das Verschulden eines Gehülfen ist er nach § 278 BGB. verantwortlich[22]). Besonderheiten sind:

a) Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen[23]). § 664 Abs. 1 BGB. Die Uebertragung ist Vertrauenssache[24]), vielfach ein Freundesgeschäft, und verträgt regelmäßig keine Substitution. Jedoch ist dies nur eine Auslegungsregel, deren Unanwendbarkeit nicht selten schon aus den Umständen hervorgeht[25]).

---

16) Z. B. fahrlässige, vielleicht provozirende Rathsertheilung an Minderjährige ꝛc., die eine Körperverletzung oder Sachbeschädigung für dieselben zur Folge hat. Eine andere Frage ist die nach der Kompensation der Schadensverursachung. S. Bd. I § 111.

17) Hier besteht die Schadenserſatzpflicht auch wenn der Rath ohne Obligo ertheilt wurde.

18) Ueber kaufmännische Empfehlungen s. noch Entsch. d. RG. Bd. 19 S. 97, Bd. 27 S. 118, Bd. 39 S. 245.

19) S. o. § 252 Ziff. III. Im Gegensatz zu den etwaigen Wirkungen einer ertheilten Vollmacht (die nach Außen hin gehen). — Hat der Beauftragte sich beim Geschäftsschluß mit dem dritten Kontrahenten täuschen lassen, sodaß Ansprüche gegen den letzteren bestehen (z. B. auf Gewährleistung), so ist die Ersatzpflicht des Beauftragten nicht von vorheriger Geltendmachung der Ansprüche gegen den Dritten abhängig. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 9 S. 290, Bd. 16 S. 130.

20) Dadurch wird eine freiwillige nach dem Vertragsschluß (resp. meist wohl nach Vollendung der Ausführung) dem Geschäftsführer zugewendete Vergütung nicht ausgeschlossen. Sie hat nicht den Charakter einer Gegenleistung (vielmehr meist den einer Anstandsschenkung) und verändert den Charakter des Auftrags nicht.

21) Eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 276 BGB. ist hier nicht gemacht. Dies entspricht dem gemeinen, nicht dem älteren preuß. Recht. S. dazu Entsch. d. RG. Bd. 30 S. 132. — Wegen der Rechtsanwälte eod. Bd. 10 S. 136.

22) S. o. § 157 Ziff. II. Dies hebt § 664 Abs. 1 BGB. sogar ausdrücklich hervor. S. übrigens hierzu noch unten Note 36.

23) Zur selbständigen Ausführung (s. o. § 252 I Ziff. 2). Die Zuziehung von Gehülfen ist nach § 664 gestattet.

24) Die unentgeltliche noch mehr als die entgeltliche!

25) Z. B. nach § 665 BGB., wenn die Umstände sich so verändert haben,

α. War dem Beauftragten die Substitution gestattet, so haftet er nur für Verschulden bei der Uebertragung, also für gehörige Auswahl und Instruktion des Substituten[26]), nicht aber für dessen etwaige spätere Verfehlungen. Ob der Substitut deswegen dem Geschäftsherrn direkt haftet[27]), hängt davon ab, ob die Geschäftsführung ihm vom Beauftragten in eigenem Namen oder im Namen des Geschäftsherrn übertragen worden war[28]). Letzterer wird gutthun, bei Ertheilung der Erlaubniß zur Substitution hierauf zu achten: der Beauftragte erfüllt dann durch eine andere Art der Uebertragung[29]) nicht seine Pflichten gegen den Auftraggeber[30]). Uebrigens hat der Substitut in allen Fällen den Schaden des Geschäftsherrn zu ersetzen[31]).

β. War der Substitut unbefugterweise bestellt, so haftet der Beauftragte nicht nur für jedes Verschulden des Substituten[32]), sondern überhaupt für jeden (selbst zufälligen) Schaden, der aus der Substitution entspringt[33]). Denn schon in dieser liegt hier für den Beauftragten eine Pflichtverletzung, die ihn für allen daraus entstehenden Schaden verantwortlich macht[34]). Der Substitut haftet hier in der Regel dem Geschäftsherrn nicht unmittelbar[35]).

Ebenso werden wir den Fall beurtheilen, wenn der Beauftragte sich vertragswidrig eines Gehülfen bei der Ausführung bedient hat[36]).

daß dem Beauftragten die persönliche Ausführung unmöglich geworden ist. Wesentlich ist auch die Verkehrssitte.

26) Entsprechend der röm. Haftung für culpa in eligendo et custodiendo (obschon custodia mehr ist als die hier geforderte Instruktion).

27) Abgesehen von der (selbstverständlichen) Verhaftung aus unerlaubter Handlung oder auftragloser Geschäftsführung, wenn das Eine oder Andere vorliegt.

28) Letzterenfalls tritt (durch das Mittel der Stellvertretung) der Substitut in ein direktes Rechtsverhältniß zum Auftraggeber. — Im umgekehrten Falle fehlt eine solche Beziehung, und dem Auftraggeber bleibt nur übrig, sich die Ansprüche des Beauftragten gegen den Substituten nach § 281 BGB. abtreten zu lassen.

29) Also durch Uebertragung in eigenem Namen, wenn sie im Namen des Geschäftsherrn geschehen sollte.

30) Sodaß er eventuell aus dieser Pflichtverletzung haftet, soweit der Auftraggeber vom Substituten keinen Ersatz erlangen kann.

31) S. o. § 151 II Ziff. 3. Das zu Note 29 ff. Gesagte betrifft nur die Frage der Rechtsverfolgung gegen den Substituten.

32) Daß letzterer, wie stets, für seine culpa haftet, ist eine andere Frage.

33) Diese Haftung geht weiter als im bisherigen Recht.

34) Im allgemeinen Umfang der Schadenshaftung. S. o. § 151. — Kann der Beauftragte beweisen, daß der Schaden auch ohne die Substitution in einer Weise entstanden wäre, für die er nicht aufzukommen hat, so kann er sich dadurch nach allgemeinen Grundsätzen entlasten.

35) Sondern nur cessis actionibus. S. o. Note 28. — Aus dem Gesichtspunkt Note 27 ist er auch hier stets dem Geschäftsherrn verantwortlich.

36) Ohne besonderes Verbot ist die Zuziehung von Gehülfen erlaubt. S. o. Note 22.

Hat anderseits die unbefugte Substitution ꝛc.[37]) dem Auftraggeber Nutzen gebracht, insbesondere ist das Geschäft ordnungsmäßig vollendet, so darf der Geschäftsherr dasselbe nicht um dieser Uebertretung allein willen verleugnen[38]).

b) Ebenso wie die Ausführung, ist umgekehrt der Anspruch auf Ausführung des Auftrags von Seiten des Auftraggebers im Zweifel nicht übertragbar. § 664 Abs. 2. Wer sich zur unentgeltlichen Geschäftsbesorgung versteht, will sich dazu regelmäßig nur einer bestimmten, nicht jeder beliebigen Person gegenüber verstehen[39]). Aus der Unübertragbarkeit folgt auch die Unpfändbarkeit des Anspruchs. § 851 CPO. Die einzelnen aus der Ausführung hervorgegangenen Ansprüche des Auftraggebers: auf Herausgabe ꝛc.[40]) können abgetreten und gepfändet werden.

3. Der Auftrag erlischt[41]) abgesehen von den selbstverständlichen Endigungsgründen (der vollständigen Ausführung der Besorgung, Eintritt eines Endtermins ꝛc.),

a) durch Widerruf des Auftraggebers. § 671 Abs. 1. Zu einem solchen Widerruf ist der Auftraggeber jederzeit berechtigt, selbst wenn der Auftrag auf bestimmte Zeit ertheilt und auf vorzeitige Aufhebung verzichtet worden war[42]). Uebrigens wirkt der Widerruf erst, wenn er dem anderen Theile zukommt[43]). Mehrere Auftraggeber müssen regelmäßig den Widerruf zusammen erklären[44]).

---

37) Ebenso die vertragswidrige Zuziehung eines Gehülfen.

38) Dies folgt schon daraus, daß hier regelmäßig die Voraussetzungen der nützlichen Geschäftsführung (gemäß § 683 BGB.) vorliegen werden. Irrig Planck § 664 Note 1 b. Zustimmend Dernburg § 296 zu Note 7.

39) Das Gesagte beruht also auf § 399 BGB. (s. o. § 198). Auf die Erben des Auftraggebers geht regelmäßig das Verhältniß über. S. o. § 252 Ziff. V.

40) S. o. § 252 Ziff. III.

41) Vgl. dazu oben § 252 Note 66.

42) Dies folgt aus dem Wesen des Auftrags (s. auch Prot. II S. 370). Der Auftraggeber bleibt Herr des Geschäfts sogut wie der Besteller eines anderen Werkes (vgl. § 649 BGB.). Vgl. Dernburg § 298 I Ziff. 1; Planck § 671 Note 2; Oertmann eod. Note 1 a. A. M. Immerwahr, Kündigung S. 169; Mathiaß § 125 Ziff. V A. — Der Verzicht auf den Widerruf ist entweder nach § 138 BGB. nichtig, oder es liegt ein anderes Geschäft vor, das keineswegs blos nach Auftragsgrundsätzen zu beurtheilen ist, weil das Interesse an demselben auf der anderen Seite liegt.

43) Er ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. — Bedingter Widerruf ist zulässig (s. schon oben § 252 Note 80). Auch an einen von mehreren Beauftragten.

44) Wenn auch nicht nothwendig in einem Akte. Je nach den Umständen kann auch ein einzelner Auftraggeber ausscheiden. Vgl. Thiele, Archiv f. civ. Praxis Bd. 89 S. 108 ff.

b) Auch der Beauftragte hat das Recht der Kündigung[45]), jedoch nicht unbeschränkt. Vielmehr darf er

α. überhaupt nicht zur Unzeit kündigen, also in der Art, daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts nicht anderweit Fürsorge treffen kann[46]). Andernfalls macht der Beauftragte sich schadensersatzpflichtig. Aus wichtigen Gründen gibt ihm das Gesetz aber auch zur Unzeit ein ersatzloses Kündigungsrecht[47]).

β. Der Beauftragte kann auf das Kündigungsrecht verzichten. Der Verzicht ist bindend; es sei denn, daß ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt[48]). In diesem Fall ist der Beauftragte trotz des Verzichts zur Kündigung berechtigt. § 671 Abs. 2 u. 3.

c) Im Uebrigen erlischt der Auftrag aus sämmtlichen Gründen, welche die Geschäftsbesorgung beendigen. S. o. § 252 Ziff. V.

d) Hatte der Beauftragte sich für die Ausführung einen Substituten bestellt, so kommt es für das Erlöschen des Substitutionsauftrags darauf an, ob der Substitut unmittelbar als Beauftragter des Geschäftsherrn erscheint oder nicht[49]). Ersterenfalls erlischt der Auftrag des Substituten (als selbständiger) nicht ohne Weiteres mit dem Erlöschen des Hauptauftrags[50]). Im umgekehrten Falle kann die Substitution den Hauptauftrag nicht überdauern[51]).

II. Indem das Gesetz den Auftrag als unentgeltlich übernommene Verpflichtung zu einer Geschäftsbesorgung definirt (§ 662), scheint es denselben auf vermögensrechtliche Angelegenheiten zu beschränken[52]). Es gibt aber auch eine Reihe anderer Thätigkeiten, die in ähn-

45) S. über Kündigung schon oben § 156 Ziff. II u. Bd I § 97 gegen Ende (dort auch über die Frage der Zulässigkeit bedingter Kündigung). Bei Mehrheit der Auftraggeber muß der Beauftragte an jeden kündigen; sonst ist der Akt unwirksam. — Auch die Kündigung ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.

46) Also z. B. mitten in der Ausführung, die sofortige Fortsetzung verlangt.

47) Die Beurtheilung der wichtigen Gründe erfolgt wie überall im Streitfall nach freiem Ermessen des Gerichts. Beispiele: schwere Krankheit, Einziehung des Beauftragten zum Militärdienst, aber auch unter Umständen grobe Beleidigung von Seiten des Auftraggebers. S. schon l. 22 § 11, l. 23—25 Dig. mandati 17, 1. — Das Vorliegen des Grundes hat der Beauftragte zur Vermeidung seiner Ersatzpflicht zu beweisen. Der Auftrag ist durch die Kündigung erloschen.

48) S. die vor. Note. Hier handelt es sich aber nicht blos um Schadensersatz, sondern um die Berechtigung zur Kündigung überhaupt.

49) Darüber s. o. Ziff. 2 zu Note 28.

50) Wie von zwei gleichzeitig bestellten Mandataren der eine entfernt, der andere beibehalten werden kann. S. o. Note 43.

51) Also auch nicht bei unerlaubter Substitution.

52) S. o. § 252 Ziff. I.

licher Weise für einen Anderen unentgeltlich übernommen werden können, z. B. die Leistung ärztlichen Beistandes, Krankenpflege, Kindererziehung, die Besichtigung von Gegenständen zur Berichterstattung u. dgl.

Es fragt sich, ob die Auftragsregeln auch hierauf Anwendung finden[53]).

Zweifellos fallen die genannten Thätigkeiten, wenn sie *entgeltlich* vorgenommen werden, unter die *Lohnverträge* (Dienst- und Werkvertrag ꝛc.), welche *keine Geschäftsbesorgung* enthalten[54]). Es fragt sich also, ob es *neben § 662 BGB. noch eine ähnliche Kategorie nicht geschäftsmäßiger Aufträge gibt*. Diese Frage ist keineswegs von der Hand zu weisen[55]). Zweifellos hat der Erzieher, Krankenwärter ꝛc. die Vorschriften der §§ 663—665 zu beachten; ebenso sicher sind aber zahlreiche andere Vorschriften der geschäftlichen Aufträge nicht anwendbar, weil sie nicht passen. Nur eine *Analogiebehandlung* tritt ein. In erster Linie ist der Vertrag *nach dem besonderen Inhalt der Vereinbarung*[56]) zu beurtheilen[57]). Diese kann auch dazu führen, daß sich der Uebernehmer der Thätigkeit zur Vornahme derselben so verpflichten will, als habe er Lohn dafür empfangen (d. h. nach den Regeln des *Dienst-* oder *Werkvertrags*)[58]). Schließlich ist Folgendes zu beachten:

a) Die Uebernahme nicht geschäftlicher Angelegenheiten erfolgt *oft gar nicht in rechtsverpflichtender Absicht*, und es besteht dann ihretwegen überhaupt kein Zwang[59]).

---

53) Das bisherige Recht beweist nichts, da der Auftragsbegriff noch nie so enge begrenzt war, als im BGB.

54) S. o. § 675 BGB. im Gegensatz zu §§ 611 ff., 631 ff. eod.

55) Wie *Cosack* § 150 Ziff. II, *Isay* S. 44 ff. thun. Ich glaube anderseits auch nicht, daß das Gesetz in §§ 662 u. 675 das Wort „Geschäft" in verschiedenem Sinne gebrauchen wollte. Man hat sich die hier vorliegenden Schwierigkeiten einfach nicht vorgestellt. Die Sätze des Textes geben ein für die Praxis befriedigendes Resultat. Im Ergebniß mehr oder weniger zustimmend *Schollmeyer* S. 40; *Oertmann* § 662 Note 3 u. A.

56) Auch hinsichtlich des nach Lage der Sache stillschweigend Selbstverständlichen. Dies ergibt z. B. die Anwendbarkeit des § 663 BGB. bei einem Arzte, einer Krankenwärterin ꝛc.

57) Z. B. können die Regeln über Ersatz der Auslagen des Handelnden (§§ 669 ff. BGB.) ganz ausgeschlossen sein und sind es in der That hier sehr oft.

58) S. o. Note 54. Nur daß eben eine Vergütung ausgeschlossen ist.

59) S. o. § 141 Note 12 ff. Z. B. wer sich herbeiläßt, einem Anderen unentgeltlich täglich die Zeitung vorzulesen, ihm Nachhülfestunden im Griechischen zu ertheilen (mit ihm zu repetiren) oder mit ihm Klavier zu spielen, — ein Arzt, welcher auf Reisen einen leicht erkrankten Mitpensionär am folgenden Morgen aus Gefälligkeit noch einmal zu besuchen verspricht, hat sich damit nicht rechtlich verbinden wollen. S. schon oben § 141. Er will sich nicht schadensersatzpflichtig machen, wenn er ohne „wichtige Gründe" ausbleibt, z. B. zu kommen

b) Ist der Fall von der Rechtsordnung erfaßt, so wird mangels gehöriger Fortführung der Handlung nicht selten eine ausreichende außerkontraktliche Haftung des Uebernehmers begründet sein[60]).

B. Geschäftsführung ohne Auftrag*.

§ 254.

1. Begriff. Arten.

Die Thatsache, daß Jemand fremde Angelegenheiten für einen Anderen, den sie eigentlich angehen, besorgt, erzeugt ein Schuldverhältniß zwischen ihm und dem Anderen, ähnlich dem aus dem Auftrag. Nur handelt es sich hier um ein außerkontraktliches Verhältniß: das schuldbegründende Moment ist die reine Thatsache der Einmischung in den fremden Rechtskreis[1]). Diese erfolgt unaufgefordert und ohne besonderen Rechtsgrund[2]). Ein Entgelt für die Einmischung findet regelmäßig nicht statt. Durch Alles dies rechtfertigt sich die Betrachtung des Falles im Anschluß an den Auftrag.

1. Vor Allem kehrt die beim Auftrag zuletzt besprochene Frage hier wieder[3]). Das Verhältniß bezieht sich zweifellos auf die Besorgung fremder Geschäfte[4]). Aber auch auf andere nichtgeschäftliche Angelegenheiten? Z. B. auf unaufgeforderten ärztlichen Beistand gegenüber einem Verunglückten, — auf Herabholung eines verstiegenen Touristen durch Bergführer, — auf Hülfsexpeditionen aller Art? Die Frage

---

vergißt, oder wenn er dem Schüler fahrlässig Fehler einpaukt und letzterer nachher im Examen durchfällt ꝛc.

60) Z. B. wenn ein Arzt in dringenden Unglücksfällen herbeigerufen wird und entweder gar nicht kommt oder nachher zur Unzeit ausbleibt. S. §§ 680, 823 ff. BGB.

* Vgl. außer den § 252 Citirten: Wächter im Archiv f. civ. Praxis Bd. 20 S. 337; Ruhstrat das. Bd. 32 S. 173, Bd. 33 S. 25, 213, Bd. 34 S. 59, Bd. 64 S. 110, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 9 S. 223, Bd. 19 S. 154, Bd. 27 S. 70 u. Ueber negot. gestio (1858); Chambon desgl. (1848); Dankwardt desgl. (1855); Aarons, Beiträge zur Lehre v. d. negot. gestio I (1860); E. Zimmermann, Echte u. unechte negot. gestio (1872) u. Lehre v. d. stellvertretenden negot. gestio (1876); v. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte (1878); Sturm, Das neg. utiliter gestum (1878); Das Grundprinzip der negot. gestio (1882); Die Lehre v. d. Geschäftsführung ohne Auftrag nach BGB. (1897); Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 25 S. 42 ff.; Thon im Archiv f. civ. Praxis Bd. 80 S. 77. — Schollmeyer § 12; Dernburg §§ 299 ff.; Endemann I § 178; Cosack § 155; Mathiaß I § 138; Enneccerus I § 298 ff.

1) Eine besondere Verpflichtungsabsicht kann ganz fehlen. Sie wäre oft kaum zu konstatiren.

2) Z. B. ohne Amts- oder vormundschaftliche Pflichten.

3) S. o. § 253 Ziff. II.

4) Seien sie rechtlicher oder thatsächlicher Natur (s. § 252 Ziff. I).

ist brennender als beim Auftrag, da hier aus dem Parteiwillen nichts zu folgern ist, auch meistens wichtige Interessen auf dem Spiele stehen. Gilt Leib und Leben hier weniger als das Vermögen? So gestellt, wird die Frage von vornherein zu verneinen sein[5]). Und damit steht auch das Gesetz in Einklang[6]). Redet § 677 zwar in hergebrachter Weise nur von „Geschäften", so wird doch ausdrücklich der Fall erwähnt, daß die Einmischung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt (§ 680 BGB.), und diese Gefahr ist nicht ausschließlich als Vermögensgefahr aufzufassen[7]). Zudem ist die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht blos das Gegenstück des Auftrags, sondern sämmtlicher Lohnverträge, insofern Alles, was vertragsmäßig gegen Lohn geschehen kann, hier freiwillig ohne Vertrag geschieht — also auch nichtgeschäftliche Dienste und Arbeitsleistungen[8]).

2. Auf dem geschäftlichen Gebiet ist dann hier insbesondere oft die Frage streitig, ob es sich im gegebenen Fall um Führung eines fremden Geschäfts oder eines eigenen des Geschäftsführers handelt. Denn es fehlt ein Vertrag, insbesondere ein Ersuchen des Anderen, das dafür festen Anhalt gäbe, und die Vornahme allein läßt nicht immer erkennen, für wen sie erfolgte. Wenn die Angelegenheit glückt, wird der Handelnde häufig geneigt sein, das Geschäft sich selbst, — wenn sie mißglückt, es dem Anderen zuzuschieben.

a) Gewisse Geschäfte lassen nun ohne Weiteres erkennen, daß sie dem Handelnden fremd sind. Sie gehören objektiv[9]) einem fremden Interessenkreise an[10]). Der Hauptinteressent kennzeichnet sich hier von selbst als der Geschäftsherr[11]).

---

5) Die Menschenhülfe (s. Kohler a. a. O. S. 42 ff.) ist durch das Gesetz nicht grundsätzlich als schutzunwürdig aus der Rechtssphäre hinausgewiesen.

6) Ebenso die Geschichte des Instituts, so jedenfalls im gemeinen Recht. Zustimmend im Resultat denn auch die meisten Autoren, freilich ohne genügende Begründung. A. M. Isay S. 46 ff., aber sicherlich mit Unrecht. Selbst Cosack, der den Auftrag auf geschäftliche Angelegenheiten beschränkt (s. o. § 253 Note 55 u. Cit.), erwähnt § 155 I Ziff. 1 die Annahme einer Krankenpflegerin für den vom Schlag getroffenen Freund als etwas ganz Selbstverständliches!

7) Nach dem oben bei Note 5 Gesagten verbietet sich jede einschränkende Auslegung. Dazu tritt noch das Folgende.

8) Die Unentgeltlichkeit, die das Verhältniß dem Auftrag so ähnlich macht, folgt wesentlich nur aus dem vertragslosen Vollzug der Dienste.

9) Nach der Verkehrsauffassung. Vgl. zum Folgenden neuestens Isay, Geschäftsführung S. 43 ff., 65.

10) Sog. negotium re ipsa alienum. Vgl. l. 5 § 13 Dig. de negot. gestis 3, 5. Z. B. Reparatur eines fremden Hauses, Verwahrung der Sachen eines Anderen, Zahlung einer fremden Schuld. Natur, Inhalt und Gegenstand des Geschäfts können das von der Verkehrsauffassung beachtete Interesse des Anderen

b) Demgegenüber gibt es andere Geschäfte indifferenten Charakters, von denen man (falls keine sonstige Beziehung erhellt) annehmen muß, daß sie der Handelnde für sich vorgenommen habe[12]). Diese werden nur dadurch zu fremden Geschäften, daß sie in dem gegebenen Fall im Interesse eines Anderen vollzogen werden[13]) und daß dies bei der Vornahme des Geschäfts in irgend einer verkehrsüblichen Weise hervortritt[14]). —

Bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts wird die Beziehung auf den Dritten häufig dadurch hervortreten, daß der Geschäftsführer im Namen des Dritten handelt[15]). Aber nothwendig ist dies hier sowenig als bei beauftragtem Geschäftsabschluß[16]), und für uns kommen hier nur die internen Wirkungen zwischen dem Geschäftsführer und Geschäftsherrn in Betracht. Für diese kommt es nur darauf an, daß die Geschäftsführung auf Rechnung, nicht auch daß sie auf den Namen des Geschäftsherrn geht.

3. Damit aus der Führung eines fremden Geschäfts Rechtsfolgen entstehen[17]), muß also der Handelnde es für den Anderen geführt haben. § 677. Fehlt dieses Moment, so scheidet das subjektiv fremde Geschäft aus unserer Betrachtung aus: denn nur durch die Beziehung, die der Handelnde ihm gibt, liegt hier überhaupt Einmischung in die fremde Rechtssphäre vor[18]). Dagegen gehört das objektiv fremde Geschäft von selbst der fremden Rechtssphäre an. Hier ist also der Fall denkbar, daß der Handelnde das fremde Geschäft für sich führen

---

bedingen. — Die Motive Bd. II S. 855 ff. glaubten ohne die Unterscheidung des Textes auskommen zu können. Dies ist irrig, wie Ziff. 3 ergibt.

11) Es ist nicht nothwendig, daß er der alleinige Interessent sei. Geradeso wie das mandatum: mea et tua gratia zugleich sein kann. S. o. § 253 zu Note 12.

12) Z. B. Ankauf von Sachen.

13) Negotium contemplatione alienum. S. l. 5 § 11 Dig. eod. Auch hier nicht nothwendig im alleinigen Interesse des Anderen. Wir reden hier von subjektiv fremden Geschäften. — Bei Kollision des objektiven und subjektiven Interesses s. Isay S. 72 ff.

14) Auch aus den Umständen. Geht es aber nicht irgendwie hervor, so kann die (rein innerlich gehegte) Absicht des Geschäftsführers hier sowenig wie sonst im Rechtsleben in Betracht kommen. — Bei successiven Ausführungshandlungen s. v. Thur, Actio de in rem verso S. 68 ff., 76 ff. — Kenntniß des Geschäftsherrn von der Einmischung ist gleichgültig. Arg. § 686 BGB.

15) In diesem Falle kommen nach Außen hin die Regeln der Vertretung ohne Vertretungsmacht (s. o. Bd. I § 106) zur Anwendung.

16) S. o. § 253 zu Note 5 ff.

17) Abgesehen von Delikt ꝛc.; abgesehen auch von den Folgen einer etwaigen unerlaubten Führung. Vgl. Isay S. 89 ff.

18) Wer das Geschäft führt (z. B. gewisse Waaren ankauft), handelt sonst einfach für sich. Die §§ 677 ff. BGB. sind unanwendbar.

will. Eine wahre Geschäftsführung liegt hier nicht vor[19]). Aber der effektive Eingriff in die fremde Rechtssphäre muß als solcher Rechtswirkungen erzeugen, die durch die Absicht des Handelnden, für sich thätig zu sein, nicht ausgeschlossen werden[20]). Aber die Wirkungen sind andere als bei der eigentlichen Geschäftsführung ohne Auftrag. Wir reden hier von unechter Geschäftsführung. § 687 BGB. Diese steht unter eigenen Grundsätzen[21]).

§ 255.

2. Geschäftsführung für Andere.

Echte Geschäftsführung liegt vor, wenn der Handelnde *für einen Anderen*, ohne von ihm beauftragt oder *ihm gegenüber* sonst dazu *berechtigt* zu sein[1]), in dessen Angelegenheiten[2]) thätig wird[3]).

I. Gleichgültig ist, aus welchen Motiven dies geschieht[4]). Das Recht kann hier nicht die Gesinnung erforschen. Es hält sich an andere, mehr reale Momente. Danach unterscheidet man die *nützliche* Geschäftsführung von jeder anderen. Wer sich in fremde Angelegenheiten einmischt, soll dies nur in dem Maße thun, wie es *das Interesse des*

---

19) § 677 BGB. paßt auf den Fall nicht. Der Handelnde ist nicht für den Anderen thätig. Er handelt in eigenem Nutzen (auf eigene Rechnung).

20) Fügt er dem Geschäftsherrn *Schaden zu*, so werden die Grundsätze der unerlaubten Handlungen vielfach ausreichen. Hat der Handelnde aber *Gewinn erzielt*, so kann der Geschäftsherr diesen vielleicht nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) herausverlangen; ist aber wissentlich gehandelt, so genügt dies nicht. So sind für diesen Fall besondere Grundsätze erforderlich.

21) Die Unterscheidung stammt schon aus dem röm. Recht. Vgl. l. 49 Dig. eod.; l. 30 pr. Dig. de A. E. V. 19, 1. — S. u. § 256.

1) S. dazu oben § 254 Note 2. — *Dem Herrn gegenüber* ist nicht derjenige zur Handlung berechtigt, der dazu von einem *Dritten* beauftragt wird oder *diesem* aus anderem Grunde (z. B. Dienstvertrag) zu dem betreffenden Handeln verpflichtet ist. Z. B. ein Dritter ruft für den Verunglückten einen Arzt; die Knechte des Dritten tragen ihn nach Hause ꝛc. *Dem Verunglückten gegenüber liegt Geschäftsführung ohne Auftrag vor.* S. schon l. 3 § 11, l. 5 § 4 Dig. de neg. gest. 3, 5. Etwaige Ansprüche des Handelnden gegen den Dritten werden dadurch nicht berührt.

2) S. o. § 254.

3) Wegen des Regresses der *Armenverbände*, die an Bedürftige Unterstützungen gewähren, gegen den Unterstützten selbst resp. diejenigen Personen, die für den Unterhalt desselben zu sorgen haben, bleiben die landesrechtlichen Vorschriften bestehen. S. Art. 103 EG.BGB. — Der Eingriff des Armenverbands ist eine öffentlichrechtliche Pflicht. Es ist daher bestritten, ob im privatrechtlichen Sinn Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 147; *Kohler* in Ihering's Jahrb. Bd. 25 S. 107 u. Cit. *Dernburg* § 299 Ziff. I i. f. A. M. *Oertmann* vor § 677 Note 5 c.

4) Wie bei der Schenkung. S. o. § 230 Note 6. Vor Allem vernünftige Wahrung der Interessen des Herrn, und einfache Zudringlichkeit bilden hier die Gegensätze.

Geschäftsherrn erheischt. Allerdings ist der Handelnde nicht allwissend. Man kann also nicht von ihm verlangen, daß er das thatsächliche Interesse des Geschäftsherrn kennt und wahrnimmt: es muß genügen, daß er dieses Interesse sogut wie möglich wahrzunehmen sucht. Thut er dies, so haftet er nicht für einen etwaigen nachtheiligen Ausgang: ja er hat trotz desselben gegen den Herrn die Ansprüche aus nützlicher Geschäftsführung. Man pflegt daher auch zu sagen, es genüge eine blos nützlich begonnene (oder nützlich unternommene) Geschäftsführung[5]).

1. Um so wichtiger ist aber die Beantwortung der Frage, wann eine Geschäftsführung in diesem Sinne nützlich unternommen sei. Man kann einen objektiven und einen subjektiven Maßstab anlegen: was nach Verkehrsgrundsätzen in der besonderen Lage des Geschäftsherrn[6]) zu geschehen pflegt; — und was den dem Handelnden bekannten besonderen Intentionen des Geschäftsherrn[7]) oder seinem muthmaßlichen Willen entspricht[8]). Demgemäß unterschied man früher eine subjektive und objektive Theorie der nützlichen Geschäftsführung. Unser Gesetz erkennt eine nützliche Geschäftsführung nur an, wenn der Handelnde beiden Standpunkten gerecht wird. § 677, 683 BGB[9]). Und zwar so:

a) Im Allgemeinen darf der Handelnde voraussetzen, daß die Absichten des Geschäftsherrn mit den gewöhnlichen Verkehrsgrundsätzen

---

5) Schon im bisherigen Recht ließ man das negotium utiliter coeptum genügen. Vgl. l. 10 § 1, l. 12 § 2, l. 22, 32 pr., l. 37 § 1 Dig. de neg. gest. 3, 5. Einige reden mit Rücksicht darauf neuerdings von gerechtfertigter und ungerechtfertigter Geschäftsführung. Vgl. Dernburg § 299 i. f.

6) Also auch hier ist die Beantwortung der Frage eine keineswegs absolute. Man kann nicht sagen, ein gewisses Geschäft sei absolut nothwendig und daher auch für den Herrn unbedingt nützlich (ähnlich wie man den Begriff der nothwendigen Verwendungen aufstellt). Z. B. die Erhaltung von Sachen des Herrn ist nicht unter allen Umständen eine nützliche Geschäftsführung. Alte Inventarstücke läßt man lieber verfallen, als daß man sie mit großen Kosten wiederherstellt. Und wer kein Geld hat, unternimmt nicht kostspielige Reparaturen u. dgl. S. schon l. 9 § 1 Dig. de negot. gest. 3, 5. Das Verkehrsleben verweist uns auf das, was unter gegebenen Verhältnissen als das Normale erscheint.

7) Die von der allgemeinen Anschauung oft erheblich abweichen.

8) Z. B. der Geschäftsherr, der ein großes Landgut geerbt hat, hat kein Vergnügen am Landleben. Er würde nicht viel Geld in das Gut hineinstecken, wenn auch durch passende Meliorationen viel daraus zu machen ist. Thut es der Geschäftsführer für ihn, so ist seinen Interessen damit nicht gedient.

9) § 677 BGB. verlangt „Wahrung des (objektiven) Interesses des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder muthmaßlichen Willen". § 683 setzt (noch deutlicher) voraus, daß „die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn" entspricht.

übereinstimmen; sodaß er nützlich handelt, wenn er thut, was der allgemeinen Anschauung nach Lage der Sache entspricht[10]).

b) Anderseits soll aber auch der Handelnde den ihm bekannten Absichten[11]) oder, in deren Ermangelung, dem muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn folgen[12]); handelt also nur nützlich, wenn er etwas thut, von dem er annehmen konnte, daß es auch der Herr, wenn er in der Lage gewesen wäre, gethan haben würde[13]).

2. Hiernach liegt nützliche Geschäftsführung regelmäßig nicht vor, wenn gegen Verbot des Herrn gehandelt ist; ja sogar dann nicht, wenn ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Herrn dem Geschäftsführer erkennbar war[14]). Davon macht das Gesetz nur eine Ausnahme, wenn die Geschäftsführung in der Erfüllung wichtiger Pflichten des Geschäftsherrn besteht. Hier wird dessen Sträuben nicht berücksichtigt: die Erfüllung als nützliche Geschäftsführung auch trotz seines Widerstrebens anerkannt. In Betracht kommt nach § 679 BGB[15]), wenn

a) die Erfüllung der Pflicht im öffentlichen Interesse liegt[16]), oder

b) eine gesetzliche Unterhaltspflicht[17]) des Geschäftsherrn in Frage steht. In beiden Fällen genügt es, daß ohne den Eingriff des Handelnden die Pflicht nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre[18]).

10) Da dies das Normale ist, so genügt auch im Allgemeinen zur Begründung der Ansprüche des Handelnden aus der Geschäftsführung (§ 683 BGB.), daß das Geschäft in dieser Weise nützlich ist. Die Ausnahmen bei lit. b hat der Geschäftsherr darzuthun. Oertmann § 677 Note 1 b.

11) Wie ein Beauftragter der ertheilten Instruktion. S. o. § 252 zu Note 15 ff.

12) Diese darf er wie jeder Geschäftsführer (s. o. § 252 Note 16) von seinem (subjektiven) Standpunkt aus beurtheilen. — Der oben Note 10 besprochene, vom Herrn zu führende Beweis muß sich also auch darauf beziehen, was dem Geschäftsführer von den besonderen Absichten des Herrn nach den Umständen erkennbar war.

13) Gleichgültig ob der Erfolg ein guter war, z. B. das Geschäft Gewinn brachte.

14) S. auch § 678 BGB. Trotzdem keine Abmahnung vorlag.

15) Das röm. Recht berücksichtigte in dieser Art nur einzelne Fälle, besonders die Beerdigung eines Todten (a. funeraria). Unser Gesetz hat dies zweckmäßig verallgemeinert.

16) Es braucht keine öffentlichrechtliche Pflicht zu sein. Es genügt das öffentliche Interesse an der Leistung. Beispiele: Zahlung von Steuern, Beerdigungskosten, Deichreparaturen, unter Umständen die Instandhaltung von Gebäuden, Einrichtung der Wohn-, Arbeitsräume ꝛc. für die Arbeiterschaft im Sinne des § 618 BGB., Fürsorge für die Dienstleute des Herrn im Sinne des § 617 eod. Auch zwangsweise Anhaltung von Seiten der Polizeibehörde kann das Verhältniß schaffen (z. B. hindernde Gegenstände, die einem Anderen gehören, zu beseitigen).

17) Die Hauptfälle sind oben § 231 Note 16 erwähnt. Sie beschränken sich nicht auf Verwandtschaft mit dem Geschäftsherrn.

18) Daß schon Verzug eingetreten sei, wird nicht gefordert.

II. Das obligatorische Verhältniß aus der Geschäftsführung entspinnt sich zwischen denjenigen Personen, die es thatsächlich angeht; also zwischen dem Geschäftsführer und dem wirklichen Geschäftsherrn. Ob der Geschäftsführer bei seiner Thätigkeit glaubte, für eine andere Person zu handeln, ist gleichgültig. § 686[19]). So selbst dann, wenn der Irrthum die Art seines Handelns wesentlich beeinflußte[20]). Jedoch versteht sich von selbst

1. daß er dem wahren Geschäftsherrn gegenüber nicht nützlich handelt, wenn der Irrthum über dessen Person auf Fahrlässigkeit des Geschäftsführers beruht[21]);

2. daß ein blos subjektiv fremdes Geschäft immer nur gegenüber der vom Geschäftsführer in Aussicht genommenen Person und sonst gegenüber Niemand wirkt[22]).

III. Die Verpflichtungen zwischen den Betheiligten aus der Geschäftsführung sind folgende.

1. In erster Linie[23]) entstehen Verpflichtungen des Geschäftsführers, und zwar gleichviel ob er nützlich oder unnütz handelte. Haftet er letzterenfalls doch noch weit mehr! Mehrere zusammen Handelnde haften als Gesammtschuldner. Arg. § 431 BGB[24]). Im Uebrigen ist zu unterscheiden:

a) War die Geschäftsführung eine nützliche, so hat der Geschäftsführer auch im weiteren Verlauf seine Thätigkeit in gleicher Weise nach dem Interesse und muthmaßlichen Willen des Herrn einzurichten, wie dies den Grundsätzen der Geschäftsführung überhaupt entspricht[25]). Deren Vorschriften finden nach § 681 BGB. denn auch im Uebrigen auf diesen Fall Anwendung[26]). So hat der Geschäftsführer zunächst dem Herrn die Uebernahme der Geschäftsführung sobald thun-

---

19) Anders wenn er für sich selbst zu handeln glaubte. S. darüber unten § 256.

20) Z. B. wenn er in Folge dessen die Absichten des wirklichen Geschäftsherrn verfehlte.

21) Arg. oben bei Note 8ff. besonders Note 12 u. 14.

22) S. o. § 254 Ziff. 2b. Dem Geschäftsführer bleibt also eventuell nichts übrig, als das Geschäft ganz auf eigene Rechnung zu übernehmen.

23) Daher ging bei den Römern auf diese Verpflichtungen die actio negotiorum gestorum directa des Herrn. Hier liegt der Hauptpunkt des Verhältnisses, wie beim Auftrag.

24) Auch soweit es sich um Ersatz handelt, da die Gesammthaftung durch Verwandlung des Leistungsgegenstands an einen theilbaren nicht aufgehoben wird. S. auch Dernburg § 301 Ziff. V.

25) S. o. § 252 III Ziff. 1a.

26) Also auch das oben § 252 III Ziff. 1b—d Gesagte.

lich[27]) anzuzeigen[28]) und alsdann dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist[29]). § 681 S. 1. Weiterhin hat er dem Herrn fortlaufend die erforderlichen Nachrichten und auf Verlangen Auskunft zu ertheilen, und nach Beendigung seiner Thätigkeit[30]) alles Empfangene (einschließlich der Zinsen[31]) des in eigenem Nutzen Verwendeten), wie jeder Geschäftsbesorger, dem Herrn herauszugeben[32]). Auf andere Angelegenheiten ist dies entsprechend anzuwenden. § 681 S. 2.

b) Alle diese Vorschriften gelten auch bei einer unnütz begonnenen Geschäftsführung. Die mangelnde Nützlichkeit des Eingriffs entbindet den Geschäftsführer nicht von den bei jeder Führung zu beobachtenden Maßnahmen[33]). § 681. Selbst durch einen gegen den Eingriff erhobenen Widerspruch des Herrn wird daran nichts geändert[34]).

Hat aber der Geschäftsführer auch in dieser Hinsicht nichts versehen[35]), so haftet er dennoch dem Herrn wegen des ungerechtfertigten Eingriffs für allen aus der Geschäftsführung[36]) entstehenden Schaden[37]). Auf Wiederherstellung[38]) oder auf Gelderſatz. § 678.

---

27) Darüber urtheilt das Gericht nach freiem Ermessen — hier und weiterhin stets in Berücksichtigung der Frage, ob der Geschäftsführer nach Maßgabe der von ihm zu prästirenden Sorgfalt (lit. c) fahrlässig gehandelt hat.

28) S. o. § 252 Note 19.

29) Entsprechend § 665 BGB. u. oben § 252 zu Note 20.

30) Gleichgültig ob sie durch normale Ausführung oder durch Einspruch des Herrn gegen die Fortsetzung endigte.

31) S. dazu auch Entsch. d. RG. Bd. 18 S. 196.

32) Eventuell — bei zu vertretenden Fehlern und Versehen (s. u. lit. c) — mit Schadensersatz. Es gilt das oben § 252 zu Note 31 ff. Gesagte.

33) Z. B. rechtzeitiger Anzeige von Uebernahme, durch die oft weiterer Schaden vermieden werden kann, und selbstverständlich auch der Herausgabe alles Empfangenen ꝛc. § 681 BGB. bezieht sich auf alle Fälle der Geschäftsführung, nicht blos die nützliche. — Auf der anderen Seite kann im Schweigen des Geschäftsherrn auf die Anzeige eine Genehmigung liegen, welche die unternommene Geschäftsführung einer nützlichen gleichstellt. S. § 684 i. f. BGB. u. unten Ziff. 2 Note 61 ff.

34) Der Widerspruch hat nicht den Sinn, den Geschäftsführer, solange er überhaupt thätig ist, von der Beobachtung der nothwendigsten Vorsichtsmaßregeln zu entbinden.

35) D. h. trifft ihn beim Handeln selbst kein Verschulden.

36) Der Kausalzusammenhang ist vom Herrn, der den Ersatz verlangt, nachzuweisen. (Ebenso die mangelnde Nützlichkeit der Geschäftsführung im Sinne von Note 10 u. 12 i. f., z. B. sein erkennbarer Widerspruch gegen die Geschäftsführung, und der eingetretene Schaden.)

37) Nur der aus der Geschäftsführung, nicht der gelegentlich derselben eingetretene Schaden ist zu ersetzen. (Entsprechend oben § 252 zu Note 51.) — Der aus der Geschäftsführung entstandene Schaden ist aber unbedingt (ohne Rücksicht auf sorgfältige Führung) zu ersetzen. Der Geschäftsführer haftet hier für

c) Im Allgemeinen[39]) hat der Geschäftsführer Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten[40]). Bezweckte die Geschäftsführung jedoch die Abwendung[41]) einer dem Herrn drohenden dringenden[42]) Gefahr[43]), so haftet der Geschäftsführer nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. § 680.

War der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder nur beschränkt geschäftsfähig, so haftet er für sein Thun lediglich[44]) nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[45]). § 682.

2. Sekundär[46]) entstehen dann aus der auftraglosen Geschäftsführung auch Verpflichtungen des Herrn. Hier kann Erstattung der dem Geschäftsführer aus seiner Thätigkeit erwachsenen Aufwendungen und Schäden in Frage kommen[47]). Für die Erstattung kommt nicht in Betracht, ob die Geschäftsführung im Resultat für den Geschäftsherrn günstig war, — wohl aber, ob sie eine nützlich unternommene war[48]).

Dagegen fehlt dem Geschäftsführer jedweder Erstattungsanspruch, wenn er bei seinem Handeln[49]) nicht die Absicht hatte, vom Ge-

---

den objektiven Ausgang des Geschäfts (ein etwaiges Mißlingen seines Eingriffs).

38) Arg. § 249 BGB.

39) Abgesehen vom zuletzt erwähnten Falle einer absoluten Haftung.

40) Arg. § 276 BGB. Wie ein Beauftragter (s. o. § 253 Note 21). Ebenso haftet er nach § 278 BGB. für seine Gehülfen.

41) S. schon ehemals l. 3 § 9 Dig. de neg. gest. 3, 5; Preuß. A.LR. I Tit. 13 §§ 284 ff. — Die Gefahr braucht nicht objektiv vorhanden gewesen — ihre Abwendung muß nur bezweckt sein. Es entscheidet der (subjektive) Standpunkt des Geschäftsführers. Von diesem aus aber darf hinsichtlich der Annahme des Vorliegens der Gefahr nicht einmal leichte Fahrlässigkeit vorgelegen haben. Die Voraussetzungen der Abmilderung stehen unter § 276 BGB.

42) D. h. unmittelbar bevorstehenden.

43) Ueber diese Thatfrage entscheidet (vom Standpunkt des Geschäftsführers aus: s. Note 12, 41) vernünftiges Ermessen. Nachprüfung eventuell durch das Gericht (regelmäßig in dem Prozeß, in welchem der Geschäftsführer sich durch Berufung auf § 680 BGB. exkulpiren will).

44) Geschäftsfähig Handelnde natürlich eventuell auch (insbesondere wegen Delikts)!

45) Wegen der mangelnden Geschäftsfähigkeit kann sich die Haftung nach §§ 677 ff. BGB. nicht bilden. Aehnlich schon Preuß. A.LR. I Tit. 13 § 374, Sächs. GB. § 1349. Anders, wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat. Insoweit steht er einem Geschäftsfähigen gleich, und § 682 ist daher nicht anwendbar.

46) Daher römisch nur mit actio contraria geltend zu machen. Auch heute stehen diese Verpflichtungen erst in zweiter Linie.

47) Wie bei jeder, insbesondere auch bei der beauftragten Geschäftsführung. S. o. § 252 III Ziff. 2.

48) S. o. Ziff. I. — Ueber die Ansprüche des Geschäftsführers im einen und anderen Falle s. u. lit. a u. b.

schäftsherrn Ersatz zu verlangen. § 685. Als eine Schenkung ist diese liberale Absicht nicht anzusehen[50]; doch wird sie ebensowenig wie diese vermuthet[51]. (Eine die Regel bestätigende Ausnahme[52] ist in § 685 Abs. 2 enthalten.)

a) War die Geschäftsführung eine nützliche[53] und hat der Geschäftsführer auch weiterhin bei der Durchführung die oben (Ziff. 1 a) besprochenen Pflichten erfüllt[54], so hat er gegen den Herrn im Allgemeinen die Ansprüche wie aus jeder berechtigten Geschäftsführung. § 683. Also auf Ersatz seiner Aufwendungen und des Schadens, den er in Ausführung des Geschäftes erlitt[55]. Auf andere als geschäftsmäßige Besorgungen ist dies entsprechend zu übertragen[56].

Auch der Begriff der Aufwendungen bedarf hier einer Erweiterung. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist, wie erwähnt[57], nicht blos das Gegenstück des Auftrags, sondern auch der entgeltlichen Lohnverträge (insofern regelmäßig der Vergütung unterliegende Arbeiten vertragslos vollzogen werden). Geschieht dies unter Umständen, in denen auch bei vertraglicher Uebernahme der Vollzug der Arbeit nur gegen Vergütung zu erwarten war[58], so stellt der verkehrsübliche oder taxmäßige Lohn[59] auch hier eine Aufwendung des Geschäftsführers dar, auf

---

49) Später kann er noch auf die (bereits entstandenen) Ersatzansprüche verzichten. Dieser Erlaß steht unter den allgemeinen Grundsätzen.

50) Römisch sprach man vom animus donandi in diesem wie in anderen Fällen. S. schon l. 4 Dig. de negot. gest. 3, 5; auch Preuß. A.LR. I Tit. 13 § 280. Es soll aber diese Freigebigkeit weder dem formellen noch dem materiellen Schenkungsrecht unterworfen werden.

51) Also der Geschäftsherr hat die liberale Absicht des Eingriffs zu beweisen, wenn er auf Erstattung in Anspruch genommen wird.

52) Der dort erwähnte Unterhalt ist ein solcher, der über die gesetzliche Verpflichtung dieser Personen hinausgeht.

53) Ueber die Beweispflicht des Geschäftsführers s. schon oben § 255 Note 10.

54) § 683 ist in mehr als einer Beziehung ungenau. Er scheidet nicht das negotium utiliter coeptum (oben Ziff. I) von der weiteren Durchführung, die ebenfalls dem Interesse und Willen des Geschäftsherrn entsprechend sein muß. Weiterhin erwähnt er nur die Aufwendungen des Geschäftsführers, nicht seinen etwaigen sonstigen Schaden (s. o. § 252 III Ziff. 2b). S. dazu die folg. Note. Endlich verweist er mit Unrecht blos auf den Beauftragten.

55) S. o. § 252 III Ziff. 2. Anwendbar ist hiernach § 670 BGB. Weil dieser nur die Aufwendungen erwähnt, thut es auch § 683. (§ 669 wegen des Vorschusses paßt nicht.)

56) Z. B. der Retter, der dem Ertrinkenden nachspringt oder den verunglückten Reisenden aus seiner gefährlichen Lage befreit, kommt dabei selbst zu Schaden. Oder die Aufbietung einer Hülfsexpedition macht größere Kosten.

57) S. o. § 254 Ziff. 1 am Ende.

58) So insbesondere bei Diensten, die zum Gewerbe oder Beruf des Handelnden gehören. S. §§ 612, 632 BGB.

59) Z. B. Arztlohn, Führerlohn, gewerblicher Arbeitslohn aller Art. Z. B.

deren Ersatz er nicht die Absicht hatte, gegenüber dem Geschäftsherrn zu verzichten (§ 685). Der Ersatz ist ihm ähnlich wie einem Vormund zuzubilligen. Arg. § 1835 Abs. 2[60]).

b) Lag keine nützliche Geschäftsführung vor, so kann der Handelnde dennoch gegen den Herrn dieselben Ansprüche gewinnen, wenn letzterer die Geschäftsführung genehmigt[61]). § 684 i. f. Die Genehmigung wirkt wie gewöhnlich zurück[62]), ersetzt also das Ersuchen des Geschäftsherrn. Sie begründet daher gegen ihn dieselben Ansprüche wie aus berechtigter Geschäftsführung[63]). — Uebrigens kann die Genehmigung auch theilweise ertheilt werden. Die Ansprüche des Geschäftsführers bestehen dann nur hinsichtlich des genehmigten Theiles seiner Thätigkeit[64]).

Erfolgt keine Genehmigung, so ist der Geschäftsherr dem Handelnden zu keiner Erstattung der nachtheiligen Folgen seiner Thätigkeit verbunden. Er hat ihm nur die etwaige dadurch erlangte Bereicherung herauszugeben[65]). § 684.

IV. Die auftraglose Geschäftsführung endigt nach Art der beauftragten; also abgesehen von vollständiger Erledigung des übernommenen Geschäfts[66]), vor Allem durch Einspruch des Herrn[67]), oder durch Abstandnahme oder Tod des Geschäftsführers. Die Abstandnahme ist aber nur unter denselben Beschränkungen zulässig wie von

---

ein Schuster macht den Kindern des seine Familie gröblich vernachlässigenden Hausvaters im Winter ein paar Stiefel.

60) Das Einzige, was dieser Begründung entgegensteht, ist das Wort „wie ein Beauftragter" in § 683. Aber s. o. Note 54. Wir können annehmen, daß durch die Umschreibung einfach § 670 BGB. citirt werden sollte, der nicht blos für den Auftrag, sondern für jede Geschäftsführung Bedeutung hat. Zwingend sind aber geradezu die inneren Gründe für diese Auslegung. S. auch noch unten Note 61, 63. Zustimmend Isay S. 146ff.; Dernburg § 302 Ziff. II.

61) Die Genehmigung muß der Geschäftsführer beweisen. — Ueber indirekte Genehmigung s. o. Note 33 i. f.

62) Vgl. § 184 BGB.

63) Folgt die Genehmigung nach, so kann das Geschehene den Umständen nach (arg. §§ 612, 632) ebensogut unter dem Gesichtspunkt des Auftrags als eines Lohnvertrages zu betrachten sein. Letzterenfalls schuldet also der Geschäftsherr das oben § 252 III Ziff. 2 Gesagte und den üblichen Lohn.

64) Für den Rest kann umgekehrt sogar der Ersatzanspruch des Herrn nach § 678 BGB. bestehen. Die betreffenden Ansprüche werden gegeneinander aufzurechnen sein.

65) Also das, was nach Abzug sämmtlicher Ansprüche des Geschäftsherrn (z. B. auf vollen Schadensersatz des § 678 BGB.) dem letzteren als reines Aktivum verbleibt. Und (nach den Regeln der Bereicherungsansprüche) soweit es zur kritischen Zeit noch vorhanden ist. Darüber s. u. §§ 328ff.

66) S. o. § 253 I Ziff. 3.

67) Sei es sobald er die Einmischung erfährt oder nachträglich. Der Widerspruch steht (arg. § 671 Abs. 1) dem Herrn jederzeit frei.

Seiten eines Beauftragten die Kündigung[68]). Die Erben des Geschäftsführers haben dieselben Pflichten wie bei jeder Geschäftsführung[69]).

§ 256.

3. Unechte Geschäftsführung.

Bei der unechten Geschäftsführung handelt es sich um die Führung objektiv fremder Geschäfte[1]) als eigene. Dies kann vorkommen

1. Irrthümlich, indem der Handelnde das fremde Geschäft irrig als das seinige ansah. In diesem Falle sind die Regeln der auftraglosen Geschäftsführung unanwendbar. § 687 Abs. 1. Wer ein eigenes Geschäft führt, kann nicht gehalten sein, es sorgfältig zu führen[2]). Ist der Handelnde nicht für seinen Irrthum verantwortlich[3]) oder hat er nicht sonst unerlaubt gehandelt[4]), so liegt in dem Eingriff in die fremde Rechtssphäre ein einfaches Rechtsereigniß[5]), dessen Folgen nach der jeweiligen Sachlage verschieden sind. S. z. B. §§ 946 ff., 955, 985 ff. 994 ff. BGB. Eine ungerechtfertigte Bereicherung ist in allen Fällen zurückzugeben[6]).

2. Wesentlich andere Grundsätze sind maßgebend, wenn der Geschäftsführer ein fremdes Geschäft als eigenes behandelt, obwohl er weiß[7]), daß er nicht dazu berechtigt ist[8]). Auch in diesem Falle darf der Herr den Geschäftsführer in der soeben erwähnten Weise behandeln, also einfach die Konsequenzen der[9]) unerlaubten Handlung oder der ungerechtfertigten Bereicherung[10]) ziehen.

Er darf ihn aber auch als nicht beauftragten Geschäfts-

---

68) Vgl. § 253 I Ziff. 3b.
69) S. o. § 252 Ziff. V.

1) S. o. § 254 Ziff. 3.
2) S. o. Bd. I § 111 zu Note 1.
3) Was Thatfrage ist. Es fragt sich, ob in dem Irrthum ein Verschulden und somit ein verschuldeter Eingriff in fremde Rechtssphäre im Sinne der §§ 823 ff. BGB. vorliegt.
4) Ebenso! Die §§ 823 ff. BGB. kommen in Betracht.
5) S. o. § 110.
6) S. §§ 812 ff. BGB. u. unten §§ 317 ff. S. schon ehemals Entsch. d. RG. Bd. 13 S. 184. (Einzelne weitergehende röm. Sätze sind beseitigt.)
7) Fahrlässige Unkenntniß steht hier übrigens nicht dem Wissen gleich.
8) Meist geschieht dies zu gewinnsüchtigen Zwecken. — Uebrigens muß es sich um ein objektiv fremdes Geschäft handeln: also weder um ein subjektiv fremdes, noch um die Vornahme eines eigenen Geschäfts mit fremden Mitteln. Nicht nöthig ist, daß die Einmischung in die fremde Rechtssphäre bei der Handlung selbst erkennbar hervortrat.
9) Hier wohl meist vorliegenden.
10) Wobei hier insbesondere § 819 BGB. zu beachten ist.

führer behandeln[11]). Denn die Gründe der Schonung des Handelnden[12]) liegen hier nicht vor. Wußte dieser doch, daß er bei mangelnder Sorgfalt nicht sich selbst beschädigte! Demgemäß wird der Handelnde hier auch nach den Grundsätzen unbeauftragter Geschäftsführung verpflichtet: und zwar regelmäßig nur der nicht nützlichen, als welche sich diese Art des Eingriffs vornehmlich darstellt.

a) Folglich haftet der Handelnde hier zunächst für allen dem Herrn aus der Geschäftsführung entstehenden Schaden[13]), auch wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt (§ 678 BGB). Abgesehen davon hat er das Geschäft so zu führen, wie dies dem Interesse des Herrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder muthmaßlichen Willen entspricht. Er hat die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht wie jeder Geschäftsführer, und schließlich alles Empfangene (einschließlich der Zinsen des in eigenem Nutzen Verwendeten) herauszugeben — eventuell auch für etwaige Versehen in dieser Hinsicht Schadensersatz zu leisten (§§ 677, 681). § 687 Abs. 2 BGB[14]).

War der Handelnde geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so kommt ihm die Abmilderung der Haftung des § 682 BGB[15]) zu Statten.

b) Macht der Geschäftsherr diese Ansprüche geltend, so ist er dem Handelnden wie aus einer von diesem unternommenen nicht nützlichen Geschäftsführung verpflichtet[16]). § 687 i. f.

III. Lohnverträge.

A. Dienstvertrag.

1. Gewöhnliche Fälle*.

§ 257.

a) Begriff und Abschluß.

Werden Geschäftsbesorgungen oder andere Arbeiten[1]) vertraglich gegen eine vom anderen Kontrahenten versprochene Ver-

11) Daran hat er ein besonderes Interesse, wenn eine Bereicherung des Handelnden nicht vorliegt und die Ansprüche aus unerlaubter Handlung verjährt sind (s. § 852 BGB.).

12) Oben bei Note 2.

13) S. o. § 255 Note 36 ff.

14) Dies entspricht im Wesentlichen den Pflichten bei nicht nützlicher Geschäftsführung. S. o. § 255 III Ziff. 1 b.

15) S. o. § 255 III Ziff. 1 c.

16) Selbstverständlich wie aus einer nicht genehmigten. Eine Genehmigung ist in der Inanspruchnahme des Handelnden als Geschäftsführer nicht zu finden. Der Geschäftsherr hat also nur nach § 684 S. 1 seine etwaige Bereicherung herauszugeben. S. o. § 255 zu Note 65.

gütung übernommen, so liegt ein Lohnvertrag vor. Die Arbeiten sollen gegen Entrichtung des festgesetzten Lohns ausgeführt werden. Der Dienstleistende (Arbeiter) stellt dem Dienstherrn seine Thätigkeit gegen Entgelt zur Verfügung. Dies ist möglich entweder so, daß die Dienste (Arbeitsleistungen) als solche: also die Gewährung des Gebrauchs der Arbeitskräfte gegen Entgelt versprochen wird, — oder so, daß die Dienstleistungen nur ihrem Resultate nach in Betracht kommen und dieses Resultat entlohnt wird[2]). Hiernach unterscheiden wir den Dienst- und Werkvertrag[3]). Hier ist zunächst nur von dem ersteren die Rede[4]).

1. Ein Dienstvertrag liegt vor bei dem Versprechen von Diensten oder Arbeitsleistungen bestimmter Art gegen eine vom anderen Theile zu gewährende Vergütung. Durch den Vertrag wird der Dienstpflichtige zur Leistung der versprochenen Dienste, der Dienstherr zur Entrichtung der Vergütung verbunden. § 611 BGB. Der Vertrag ist also ein gegenseitiger und untersteht im Allgemeinen dessen Grundsätzen[5]). Doch findet keine Zug- um Zugleistung statt; sondern die Vergütung ist nach erfolgter Dienstleistung zu entrichten[6]). Bei längerer Dauer des Vertrags, wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen ist, wird der Lohn nach Ablauf jedes einzelnen Zeitabschnitts fällig[7]). § 614.

2. Der Dienstvertrag schafft eine persönliche Beziehung zwischen dem Dienstpflichtigen und Dienstherrn. Dieser Arbeiter ist

---

*) Danckwardt, Der Arbeitervertrag in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 14 S. 228; Lotmar im Archiv f. soziale Gesetzgebung Bd. 8 S. 1; Hachenburg, Dienst- u. Werkvertrag (1898). — Schollmeyer § 6; Dernburg §§ 304 ff.; Endemann I §§ 172 ff.; Cosack §§ 143 ff.; Mathiaß I § 122; Enneccerus I §§ 277 ff.

1) Für die rechtliche Behandlung im Einzelnen ist es nicht gleichgültig, von welcher Art die Arbeit ist. Es ergeben sich daraus zahlreiche Abstufungen der Rechte und Pflichten der Parteien. S. § 675 BGB. u. z. B. unten § 258 Ziff. I u. §§ 261 ff.

2) Letzterenfalls wird der Entgelt nur für den Erfolg der Arbeit: das „Werk" bezahlt.

3) Die klare Unterscheidung beider ist eines der größten Verdienste unseres Gesetzes. Nicht gerecht wird ihr W. Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht (1896) S. 90. S. auch Hachenburg a. a. O. S. 3; Riezler, Werkvertrag (1900) S. 31 ff.

4) Ueber den letzteren s. u. §§ 264 ff.

5) S. o. §§ 168 ff.

6) Es gelten also z. B. die Regeln des § 169 oben nur mit der Modifikation, daß der Dienstpflichtige vorzuleisten hat.

7) Also z. B. der Jahres-, Monats-, Wochen-, Tagelohn ꝛc. Der Grundsatz ist derselbe wie bei der Miethe (s. § 551 BGB.). Uebrigens ist er nicht zwingend. Es kann also Vorausbezahlung bedungen werden.

es, der diesem Herrn gewisse Arbeitsleistungen zusagt. Daher darf der Verpflichtete die Dienste im Zweifel nur persönlich leisten, und der Anspruch auf die Dienstleistungen ist im Zweifel nicht übertragbar. § 613. Abweichende Abmachungen sind aber zulässig und nicht selten sogar aus den Umständen zu folgern[8]). Es gelten in dieser Hinsicht ähnliche Regeln wie beim Auftrag[9]). Gehülfen darf der Dienstpflichtige je nach den Umständen zuziehen[10]) und ist für sie nach § 278 verantwortlich.

3. Aus dem Dienstvertrage folgt regelmäßig eine gewisse Unterordnung des Dienstpflichtigen unter den Herrn; — sei es der ganzen Persönlichkeit, oder wenigstens soweit die zugesagte Thätigkeit reicht, weil diese in einem fortgesetzten Handeln nach dem Willen des Herrn besteht. Darin liegt die soziale Bedeutung des Dienstvertrages. Nach Einführung des allgemeinen gleichen Staatsbürgerthums ist es der Dienstvertrag, der heutzutage hauptsächlich noch Subordinationsverhältnisse des einen Staatsbürgers unter den anderen, und damit eine soziale Gliederung der Gesellschaft herbeiführt[11]). Die Interessen der verschiedenen Volksschichten stoßen bei diesem Vertrage hart aufeinander, und erst die neueste Zeit hat es verstanden, sie auf dem Boden der Rechtsordnung bis zu gewissem Grade auszugleichen[12]).

Aus der Unterordnung entspringt eine bestimmte Fürsorgepflicht des Herrn für den Arbeiter neben der Lohnzahlung; weil auch im Untergebenen der freie Mensch, das gleichberechtigte Subjekt zu achten, — der wirthschaftlich Schwächere nicht zu unterdrücken ist.

Dagegen geht es zu weit, eine allgemeine Treuepflicht des Arbeiters[13]) gewissermaßen als Gegenleistung dafür anzunehmen. Der Arbeiter hat seine übernommenen Dienste gewissenhaft nach Maßgabe des Vertrags auszuführen. Diese können eine Steigerung

8) Z. B. daß die dem Herrn zugesagten Dienste unter Umständen auch nahen Angehörigen desselben oder Personen, die sich zu Besuch bei ihm befinden oder ihn bei gewissen Anlässen vertreten, zu leisten sind.

9) S. o. § 253 I Ziff. 2 lit. a u. b.

10) In dieser Hinsicht enthält das Gesetz sich jeder Vermuthung. Es hängt von den Umständen ab, ob z. B. ein Aufwärter seine Frau mitbringen darf. Dagegen wird ein Baumeister regelmäßig nicht selbst den Bau aufführen.

11) Auch das Beamtenthum ꝛc. ist bis zu gewissem Grad ein Dienstverhältniß (s. u. Ziff. 4).

12) Vor Allem durch gewisse soziale Bestimmungen z. B. §§ 617—619, 624 BGB., vor Allem aber in der sog. „Arbeiterschutzgesetzgebung". Dies kann hier nur angedeutet werden. Es geht über den Rahmen des Privatrechts weit hinaus.

13) So Dernburg § 306.

der persönlichen Beziehungen der Parteien bis zu einem vollständigen Vertrauensverhältniß[14]) bedingen, also auch Treuepflicht gegenüber dem Herrn[15]). Aber für alle lohnmäßigen Arbeiten paßt dies keineswegs[16]).

Ja es gibt heutzutage Dienstverträge, die trotz der allgemeinen Verpflichtung des Handelnden, den Intentionen des Bestellers nachzukommen, keinerlei Unterordnung des Dienstpflichtigen unter den Besteller herbeiführen. Dies ist der Fall bei den sog. freien Dienstleistungen des Arztes, Rechtsanwalts, Lehrers ꝛc., die ehedem Gegenstand des honorirten Auftrags bildeten[17]) und in Folge der heutigen strengen Unentgeltlichkeit des letzteren dem Dienstvertrage zugewiesen sind.

4. Schon diese verschiedenen Möglichkeiten lassen die Ausdehnung des Dienstvertrags im modernen Leben erkennen, der nach Beseitigung aller ehemaligen Dienstunterthänigkeitsverhältnisse[18]) heutzutage den ganzen Arbeitsmarkt erfüllt. Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein[19]). Nicht blos körperliche, sondern auch geistige; nicht blos handwerksmäßige, sondern auch höhere Dienste. Es ist für die heutige Zeit nicht wahr, daß diese letzteren „unschätzbar" seien in dem Sinne, daß es kein Entgelt für sie gäbe. Der moderne Verkehr bewerthet sie ziemlich exakt; und selbst wenn dies nicht der Fall wäre, so regelt sich hier wie überall der Preis nach Angebot und Nachfrage[20]).

a) Zahlreiche Dienstverhältnisse sind durch die Spezialgesetzgebung geregelt[21]) und gehören dem Sonderrecht an; so

14) Arg. § 627 Abs. 1 BGB. Die Störung dieses Vertrauens gibt einen besonderen Kündigungsgrund ab.

15) So bei Beamten (Staats- und Privatbeamten), kaufmännischen Angestellten (s. § 72 Ziff. 1 HGB.) und im Gesindedienst.

16) Es wäre zuviel verlangt, von jedem Tagelöhner oder einfachen Fabrikarbeiter Treue bei seiner Beschäftigung zu verlangen. Das Leben ist nüchterner! Auch fühlen sich erfahrungsmäßig diese Art Arbeiter häufig geradezu in gegensätzlicher Stellung zum Herrn, der seinerseits in seiner Fürsorgepflicht für sie auch nicht weiter geht, als das Gesetz ihm vorschreibt. Diese Kluft läßt sich durch schöne Worte nicht verkleistern.

17) S. o. § 252 Note 3: also bei entgeltlicher Uebernahme von sog. operae oder artes liberales. Anders faßt den Gegensatz Cosack § 143 I Ziff. 5. Aber das Beispiel der Waschfrau ist unzutreffend, wenn sie im Dienst- und nicht im Werkvertrag thätig ist. Mit der Betonung des Anstellungsverhältnisses wird der springende Punkt für die Subordination nicht erfaßt. Nach § 260 Note 13 unten können auch die hier erwähnten freien Dienstleistungen mit einer Anstellung verbunden sein.

18) Sklaverei, Leibeigenschaft, Hörigkeit, Gutsunterthänigkeit ꝛc.

19) S. § 611 Abs. 2 BGB.

20) Die röm. Lehre vom pretium iustum (s. o. § 212 Note 30) ist beseitigt. Das ermöglicht in diesem Falle das pretium.

21) Für andere sucht die Theorie in gleicher Weise die betreffenden Regeln

insbesondere dem Handelsrecht die Verhältnisse der Handlungsgehülfen, Handlungsagenten, Schiffer, Berger[22]); dem Gewerberecht die Verhältnisse der gewerblichen Arbeiter, Gesellen, Gehülfen, Fabrikarbeiter ꝛc.[23]); dem Prozeßrecht die gerichtliche Bestellung von Güterverwaltern, Zwangsverwaltern und Sequestern von Grundstücken[24]). Andere hierher gehörige Verhältnisse sind nur landesrechtlich geregelt: so diejenigen der Bergarbeiter[25]), des Gesindes[26]). Dasselbe trifft auf die überwiegend dem öffentlichen Recht zugehörigen Dienstverhältnisse der Staats- und Kommunalbeamten zu[27]). Nur die Verhältnisse der Reichsbeamten sind durchweg reichsrechtlich geregelt. Die betreffenden Vorschriften gelten, soweit sie reichsgesetzlich sind, kraft des Art. 32 EG. BGB., im Uebrigen zufolge besonderen Vorbehalts (z. B. Art. 55, 67, 95 EG.) neben den allgemeinen Vorschriften des Dienstvertrags[28]). Ihretwegen ist auf die betreffenden Sonderlehren des Staatsrechts, Handelsrechts ꝛc. zu verweisen[29]).

b) Als Gegenstand des gewöhnlichen Dienstvertrages unterscheiden wir *geschäftliche* und *nichtgeschäftliche* Dienstleistungen. Für erstere, die eine sog. Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, gelten

---

zusammenzustellen und den Verkehrsintentionen gemäß zu entwickeln. Vgl. z. B. Opet, Der Bühnenengagementsvertrag im Archiv. f. civ. Praxis Bd. 86 S. 155 u. Deutsches Theaterrecht (1897) S. 159 ff. Dieser Vertrag hat viele Züge des Werkvertrags.

22) S. §§ 59 ff., 84 ff., 511 ff., 740 ff. HGB. S. auch die Seemannsordnung v. 27. Dezember 1872; Strandungsordnung v. 17. Mai 1874; d. RG. betr. die privatrechtl. Verhältnisse der Binnenschiffahrt v. 15. Juni 1895 (20. Mai 1898) §§ 7 ff., 21 ff. und der Flößerei v. 15. Juni 1895 §§ 1 ff.

23) §§ 105 ff. GewO. S. u. §§ 262 ff.

24) Vorausgesetzt, daß der Bestellte für seine Thätigkeit eine Vergütung erhält. S. §§ 848, 855, 857, 938 CPO., §§ 146 ff. bes. 152 ff. d. RG. betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung v. 24. März 1897. Vgl. hierzu auch unten § 275 Ziff. 2. Andere Fälle der Anordnung einer gerichtlichen Verwaltung enthalten §§ 1052, 1054, 1070, 2128 Abs. 2, 2129 BGB. Davon wird an den entsprechenden Stellen unseres Systems die Rede sein.

25) Vgl. Art. 67 EG.BGB. und das (einer ganzen Anzahl deutscher Staaten vorbildliche) preuß. Berggesetz v. 24. Juni 1865.

26) S. Art. 95 EG.BGB. und die landesrechtlichen Gesindeordnungen. S. u. § 261.

27) Vgl. hierzu Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 107, Bd. 18 S. 173, Bd. 28 S. 85, Bd. 37 S. 225, 243 ꝛc. Für die öffentlichen Beamten besteht ein ganz besonderes Treueverhältniß, dessen Beobachtung regelmäßig in den Anstellungsbedingungen hervorgehoben wird. Der Beamte ist auch nicht willkürlich, sondern nur in gesetzlich geordnetem Disziplinarverfahren entlaßbar. Ueber die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten, Geistlichen und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten und ihrer Angehörigen s. Art. 80, 81 EG.BGB.

28) Zum Theil nicht ohne erhebliche Modifikationen (s. z. B. Art. 95 EG.BGB.). Abgesehen davon gehen sie als ius speciale vor.

29) Hier sollen (am Schluß des allgemeinen Dienstrechts) nur einige besondere Fälle behandelt werden. S. u. §§ 261 ff.

auch noch die darauf bezüglichen besonderen Bestimmungen[30]). § 675 BGB.[31]).

5. Nothwendig ist ein Entgelt für die Dienstleistung. Dies kann in Gegenleistungen aller Art[32]) — nicht blos in Geld bestehen. Das Gesetz spricht absichtlich nur von „Vergütung". Der Lohn kann nach der Zeit der Dienste[33]) oder nach dem Arbeitsquantum[34]) festgesetzt sein; auch so, daß er in einem Antheil am Ertrage der Arbeit besteht[35]).

Ist über den Lohn keine Bestimmung getroffen, so kann, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten war[36]), die übliche, eventuell taxmäßige Vergütung verlangt werden[37]). § 612. Handelt es sich um Dienste, für die ein fester Maßstab fehlt, so wird der Dienstpflichtige den Lohn nach billigem Ermessen festsetzen dürfen. Arg. §§ 315, 316 BGB.[38]).

6. Zum Abschluß des Dienstvertrags ist die Beobachtung einer besonderen Form nicht vorgeschrieben[39]). Auch steht der Abschluß regelmäßig im freien Belieben der Parteien. Nur wenn der Dienst-

30) S. o. § 252. — Ueber einzelne untergeordnetere Unterscheidungen s. noch §§ 617, 622, 627 BGB. (dauernde Dienstleistungen höherer oder niederer Art, mit oder ohne Aufnahme in die Hausgemeinschaft des Herrn 2c.).

31) Selbstverständlich muß die Dienstleistung möglich und erlaubt, also z. B. nicht unsittlich sein. In dieser Hinsicht gelten die allgemeinen Regeln der Verträge. Eine Dienstleistung ist aber nicht schon deshalb unerlaubt, weil sie mit Gefahren für den Arbeiter verknüpft ist. Dies beweist schon die Fassung des § 618 Abs. 1 i. f. BGB.: „daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet". Nur muß es sich um Zwecke handeln, um deretwillen man das Leben auf's Spiel setzen darf. S. hierzu auch Kohler im Archiv f. civ. Praxis Bd. 84 S. 22 ff.

32) Z. B. in Naturalien, freier Wohnung und Verpflegung 2c. S. dazu noch oben § 234 Ziff. 5.

33) Tage-, Wochen-, Monatslohn 2c. Sog. Zeitlohn.

34) Stücklohn, Akkordarbeit.

35) Partiarischer Dienstlohn, Tantième, Gewinnprovision. Dabei kann der Antheil des Arbeiters in einer Quote am Bruttoertrag oder am Reinertrage der Arbeit bestehen; am Rohertrag oder am Geldgewinn aus der gesammten Thätigkeit. Meist ist das letztere der Fall (commis intéressé). S. über das Verhältniß ausführlich Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte (1897) S. 141 ff., 156 ff., 178 ff. Das Betheiligungsverhältniß hat mit der Gesellschaft (unten §§ 280 ff.) nichts gemein, modifizirt aber vielfach die Rechte und Pflichten der Parteien im Dienstvertrage.

36) Z. B. bei Arbeiten die zum Beruf oder Gewerbe des Dienstpflichtigen gehören.

37) So ist die Bestimmung des § 612 im Anschluß an § 354 HGB. zu verstehen. S. Crome a. a. O. S. 171 Note 10. Es kommt nur auf die objektive Sachlage an.

38) Da doch ein Lohn stattfinden soll. S. auch Dernburg § 304 I Ziff. 2.

39) Abgesehen vom Spezialrecht.

vertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, muß, wer zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich zu der Besorgung öffentlich oder dem Antragsteller gegenüber erboten hatte, wenn er demnächst einen entsprechenden Antrag auf Besorgung ablehnt[40]), dies dem Antragsteller unverzüglich mittheilen, widrigenfalls er dem letzteren zu Schadensersatz verpflichtet ist[41]). §§ 663, 675 BGB. Vgl. auch § 30 RechtsanwaltsO. Bei Handelsaufträgen an einen Kaufmann im Sinne des § 362 HGB. gilt der Antrag solchenfalls sogar als angenommen[42]).

7. Uebrigens wird auch beim Dienstvertrage häufig eine schriftliche Vereinbarung getroffen[43]), schon um Art und Umfang der Dienstleistungen im Einzelnen festzustellen. Dadurch können Abweichungen von den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen getroffen werden, soweit diese nicht im öffentlichen, insbesondere im sozialen Interesse aufgestellt und daher zwingend sind[44]). Abgesehen davon ist auch hier den vielfach vom Dienstherrn dem Arbeiter aufgedrungenen Formularverträgen gegenüber, die den Arbeiter nahezu rechtlos stellen, dieselbe Praxis zu befolgen, wie gegenüber den Formularen der Miethverträge[45]). Dasselbe gilt von den sog. Hausordnungen ꝛc., auf die in dem Vertrage oft Bezug genommen wird[46]).

§ 258.

b) Rechte und Pflichten der Parteien.

I. Art und Umfang der Dienstleistungen richtet sich, wie soeben bemerkt, in erster Linie nach dem Vertrage[1]). § 611 Abs. 1. Für dessen richtige Auslegung sind die Umstände des Falles zu berück-

---

40) Oder überhaupt nicht annimmt. — Er darf sich auch nicht passiv verhalten.

41) S. dazu oben § 252 Ziff. IV, insbesondere Note 61. Der Antrag selbst ist durch das Stillschweigen nicht angenommen.

42) Im Gegensatz zur vor. Note.

43) Aehnlich wie bei der Miethe. S. o. § 234.

44) So insbesondere nicht von den Bestimmungen §§ 617—619, 624, 626 BGB.

45) S. § 234 Ziff. 6.

46) S. o. § 234 Note 59. — Weitere soziale Verbesserungen des Dienstvertrags erstreben die Vorschläge von Flesch, Zur Kritik des Arbeitsvertrages (1901).

1) Auch hinsichtlich der Frage nach der persönlichen Ausführung der Arbeit, abgesehen von der Vermuthung des § 613 BGB. S. o. § 257 Ziff. 2. — Ebenso ob das Dienstverhältniß eine Pflicht des Bediensteten zu Treue (oben § 257 Ziff. 3) und Verschwiegenheit, Ehrerbietung ꝛc. mit sich bringt. Wegen Konkurrenzausschlußklauseln s. o. Bd. I § 85 Note 8.

sichtigen. Ebenso ist Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entscheidend[2]). Handelt es sich um eine Geschäftsbesorgung, so hat der Dienstpflichtige auch die fortlaufenden Weisungen des Herrn zu beachten und nach dessen muthmaßlichem Willen zu handeln, wie dies für alle Geschäftsbesorgungen vorgeschrieben ist[3]). §§ 665 ff., 675 BGB. Anderseits ergibt sich aus der Natur gewisser freier Dienstleistungen[4]), insbesondere des Arztes, Lehrers, Rechtsanwalts, Baumeisters ꝛc., die Verpflichtung, den Anforderungen des Dienstempfängers unter Umständen das eigene sachverständige Ermessen entgegenzustellen, auf dessen Bethätigung der Herr in diesen Fällen nach den Vertragsumständen nicht schlechthin verzichtet haben kann. Im Gegentheil, wir müssen sagen, daß er sich auch bei seinen für die Arbeit im Allgemeinen gegebenen Anweisungen regelmäßig auf rechtzeitige Einwürfe und Gegenvorstellungen des anderen Theiles verläßt. Letzterer würde sich durch fahrlässige Unterlassung derselben verantwortlich machen[5]). Eine Fahrlässigkeit[6]) liegt aber hier insbesondere auch in Unkenntniß der in Betracht kommenden Punkte, die zu Abweichungen und Vorstellungen an den Herrn Veranlassung geben[7]).

Ebenso ist Ungeschicklichkeit dem Dienstpflichtigen zum Vorwurf zu machen, wo das entsprechende Geschick zur Arbeit nach dem Vertrage vorausgesetzt werden darf[8]). — Ob der Dienstpflichtige sich die zu seiner Arbeit erforderlichen Geräthschaften selbst zu stellen hat, hängt von der Vertragsauslegung im einzelnen Falle ab[9]).

Bestand die Dienstleistung in einer Geschäftsbesorgung, so hat der Dienstpflichtige auch die übrigen Verpflichtungen eines Geschäfts-

---

2) Ein direkter Zwang zum Dienstantritt findet nicht statt. § 888 CPO.
3) S. o. § 252 III Ziff. 1.
4) S. o. § 257 Ziff. 3 i. f.
5) In diesem Sinne spricht auch § 645 von dem Falle, daß das Werk in Folge von Anweisungen des Bestellers über die Ausführung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat. Es handelt sich dabei um einen Gedanken, der nicht blos dem Werkvertrage eigenthümlich ist.
6) Der Dienstpflichtige haftet im Allgemeinen für jedes Verschulden. S. o. § 157.
7) Arbeiten, die man nicht versteht, soll man nicht übernehmen. Hier liegt die Fahrlässigkeit schon in der Uebernahme.
8) In diesem Falle haftet also der Bedienstete für sein Ungeschick wie für eine Fahrlässigkeit. Aus den Gründen Note 7.
9) Z. B. ein Arzt, Handwerker stellt sich meist die Geräthschaften selbst. — Sind dem Dienstpflichtigen die erforderlichen Geräthschaften vom Herrn zu übergeben, so ist dies eine Hülfshandlung des Herrn, deren Unterbleiben ihn in Annahmeverzug setzen kann. Die übergebenen Geräthschaften hat der Dienstpflichtige nach allgemeinen Grundsätzen mit aller Sorgfalt zu behandeln.

besorgers (die allgemeine Benachrichtigungs-, Auskunfts-, Rechenschaftspflicht und die Verpflichtung zur Herausgabe dessen, was er in Ausführung der Besorgung empfing). §§ 666—668, 675 BGB.[10]).

II. Die Pflichten des Dienstherrn bestehen

1. in Herstellung der gesetzlich geforderten Arbeitsbedingungen (soziale Fürsorgepflicht des Herrn). Es handelt sich hier nicht blos um Hülfshandlungen zur Ermöglichung oder Erleichterung der Arbeit[11]), deren Versäumung Annahmeverzug des Herrn begründet; sondern um eine direkte Verpflichtung aus dem Dienstvertrage (Sorge für die Person des Arbeiters), deren Vernachlässigung die allgemeinen Folgen der Pflichtverletzung nach sich zieht[12]). Die betreffenden Verpflichtungen können vertraglich nicht im Voraus beseitigt oder beschränkt werden[13]). § 619.

a) Vor Allem hat der Dienstberechtigte die Räume, Vorrichtungen oder Geräthschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat[14]), so einzurichten und zu unterhalten, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit thunlichst[15]) geschützt ist[16]).

Dasselbe gilt für die gehörige Anordnung und Leitung der Arbeit, wenn diese dem Herrn vorbehalten ist[17]). § 618 Abs. 1.

Ist die dienstpflichtige Person in die häusliche Gemeinschaft

---

10) S. o. § 252 III Ziff. 1 b—d. — Ueber die Verpflichtungen aus unzeitgemäßer und vertragswidrig veranlaßter Kündigung des Verhältnisses s. u. § 260.

11) Wie im Fall der Note 9.

12) Der Arbeiter hat je nachdem ein Recht auf Erfüllung, Schadensersatz oder Aufhebung des Vertrages (§§ 626, 628 Abs. 2 BGB.). Wegen des Umfangs der Ersatzleistungen s. noch die Spezialvorschriften des Textes.

13) Erst nach vollständiger Beendigung des Dienstvertrags ist eine Privatvereinbarung darüber (z. B. ein Erlaß) statthaft. Bis dahin erneuern sie sich in jedem Augenblicke.

14) S. o. Note 9. Hat er keine zu beschaffen, so ist die Bestimmung nicht anwendbar. Der Arbeiter hat zu beweisen, welche Vorrichtungen und Anordnungen erforderlich gewesen wären (wobei ihm aber die gemeine Verkehrsanschauung wesentlich zu Hülfe kommt). Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 84, Bd. 18 S. 176, Bd. 21 S. 79.

15) S. dazu oben § 257 Note 31. Nur diejenigen Maßregeln sind erforderlich, die die Natur der Dienstleistung gestattet. Auch hier ist der Maßstab derjenige der Verkehrsüblichkeit. Eventuell sind gefahrmindernde Einrichtungen zu treffen (Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 271). Nach Lage der Sache auch vorübergehende (Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 101, Bd. 11 S. 23).

16) S. insbesondere noch § 120a GewO., § 62 HGB., § 112 RUnfVersG.

17) Auch die Anordnung und Leitung ist diesenfalls an sich nur eine Hülfshandlung des Herrn, für deren gehörige Vornahme er aber nach dem Gesetz verantwortlich ist. S. o. Note 14. — Implizite besteht die Pflicht zu Anweisungen, deren es zum zweckentsprechenden Gebrauch der zum Schutz des Arbeiters dienenden Einrichtungen bedarf. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 4 S. 23, Bd. 12 S. 48, 130.

des Dienstherrn aufgenommen[18]), so hat letzterer hinsichtlich des Wohn- und Schlafraums, der Verpflegung und der Arbeits- und Erholungszeit (Arbeitsdauer ꝛc.) diejenigen Einrichtungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit[19]), Sittlichkeit[20]) und die Religion des Dienstpflichtigen erforderlich sind[21]). § 618 Abs. 2.

Der wegen schuldhafter[22]) Verletzung dieser Pflichten eventuell vom Herrn zu leistende Schadensersatz[23]) ist wie bei deliktischer Personenverletzung zu bemessen[24]). S. § 618 Abs. 3 u. §§ 842—846 BGB.[25]).

b) Liegt ein dauerndes Dienstverhältniß[26]) vor, welches die Erwerbsthätigkeit des Bediensteten vollständig oder hauptsächlich[27]) in Anspruch nimmt, und ist letzterer in die häusliche Gemeinschaft des Dienstherrn aufgenommen[28]), so ist ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von 6 Wochen (jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus zu gewähren[29]). § 617[30]). Der Pflicht wird durch Verbringung in eine Krankenanstalt[31]) für die betreffende Zeit jedenfalls

---

18) In die Familienwohnung, in Kost und Logis.

19) Z. B. genügende Räume, Luft und Licht; ausreichende, gesunde Kost; genügende Erholungszeit.

20) Z. B. besondere Schlaf-, Wasch- und Ankleideräume für das weibliche Dienstpersonal und Kinder u. s. w.

21) Auch in dieser Hinsicht entscheidet im Allgemeinen das Verkehrsübliche. Doch will das Gesetz etwaige laxe Sitten korrigiren. — Anderseits wird das Dienstpersonal nicht mehr verlangen können, als der Dienstherr in allen diesen Beziehungen ohne eigene Schuld sich selbst zu leisten vermag. Dies folgt unmittelbar aus dem Prinzip der folgenden Note. „Gutes Leben" ist ein relativer Begriff.

22) Ohne Verschulden keine Verantwortlichkeit. § 276 BGB. Bei diesem Prinzip muß es auch hier bleiben. So auch Planck § 618 Note 1; Oertmann Note 4c. Ein Hauptbeispiel s. in der vor. Note.

23) Wegen der sonstigen Rechte des Dienstpflichtigen s. o Note 12.

24) Nur der Umfang richtet sich nach diesen Vorschriften. Der Anspruch folgt aus dem Dienstvertrage. Uebrigens können Deliktsansprüche konkurriren. Ebenso hat der Verletzte die eventuellen Ansprüche aus der Krankenversicherung ꝛc.

25) S. darüber im Detail unten § 339.

26) Thatfrage! Es kommt darauf an, ob das Verhältniß bei seiner Begründung nach Verkehrsgrundsätzen oder der erkennbaren Absicht der Betheiligten als ein solches von längerer Dauer angesehen wurde. Oertmann § 617 Note 2. Dies zeigt sich vor Allem in den festgesetzten Lohnperioden.

27) Nur der prinzipale Dienstherr ist in dieser Weise verpflichtet.

28) S. o. Note 18.

29) Wird wegen der Erkrankung vom Dienstherrn gekündigt (was nach § 626 BGB. zulässig ist), so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht. Die 6 Wochen sind also voll zu leisten.

30) Daß die Krankheit durch den Dienst eingetreten sei, wird nicht verlangt, wohl aber Erkrankung im Dienste (wenn die Anlage dazu auch von früher her verhanden war).

31) Resp. Angebot der Verbringung. — Einen Anspruch auf Hospitalverpflegung hat der Bedienstete nicht.

genügt. Die Kosten können auf den für die Krankheitszeit geschuldeten Lohn angerechnet werden[32]).

Die Verpflichtung tritt jedoch nicht ein[33]),

α. wenn die Erkrankung vom Dienstpflichtigen vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist[34]);

β. wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung des Dienstpflichtigen anderweit durch eine Versicherung[35]) oder eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege[36]) gesorgt ist.

2. Weiterhin hat der Herr dem Dienstpflichtigen die vertragsmäßige Vergütung zu entrichten. §§ 611, 612, 614 BGB.[37]). Also regelmäßig nach Leistung der Dienste oder eines für die Arbeit festgesetzten Zeitabschnittes. Außerdem hat er

3. bei solchen Dienstverträgen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, alle Verpflichtungen des Geschäftsherrn[38]): Vorschußleistung, Ersatz der Aufwendungen und Schäden des Dienstpflichtigen aus der Geschäftsführung ꝛc. §§ 669 ff., 675.

4. Selbstverständlich haftet der Herr dem Dienstverpflichteten auch sonst wegen Verschuldens (des eigenen und seiner Hülfspersonen). Z. B. wenn er Gefahren der Dienstausführung, die nur ihm und nicht dem Bediensteten bekannt sind oder bekannt sein mußten, oder die nicht in der Natur der Dienstleistung selbst begründet sind, verschweigt[39]).

5. Bei dauernden Dienstverhältnissen[40]) kann der Verpflichtete nach der Beendigung ein Zeugniß[41]) mit Bemerkungen über die Zeitdauer des Verhältnisses, dienstliche Leistungen und Führung[42]), und schon vor der Beendigung während der gesetzlichen Kündigungsfrist[43])

32) Eine eigentliche Aufrechnung (im Sinne der §§ 191 ff. oben) ist dies nicht. Der Anspruch des Bediensteten ist entsprechend gemindert.

33) Der Dienstherr hat die betreffenden Ausschlußgründe zu beweisen.

34) Z. B. durch Streitsucht, liederlichen Lebenswandel.

35) Ein privater Versicherungsvertrag genügt. Um so mehr die sog. Arbeiterzwangsversicherung.

36) Landesrechtliche Einrichtungen genügen.

37) S. o. § 257 Ziff. 1 u. 5.

38) S. o. § 252 III Ziff. 2.

39) Z. B. daß die von dem Bediensteten zu wartenden Thiere bissig oder sonst hinterlistig sind ꝛc. Ein großer Theil der hierher gehörigen Fälle wird auch durch § 618 BGB. getroffen (z. B. Stellung mangelhafter Geräthschaften). Bei Geschäftsbesorgungen folgt das Gleiche zum größten Theil schon aus § 252 Ziff. III am Ende.

40) S. o. Note 26.

41) S. § 126 BGB.

42) Ohne Aufforderung des Dienstpflichtigen darf der Herr das Zeugniß auf die letzteren Punkte nicht erstrecken.

43) § 629 BGB. ist nicht genau gefaßt. Er spricht blos von der Beendigung durch Kündigung. Bei fester Dienstzeit muß dasselbe gelten.

angemessene Zeit[44]) zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses verlangen. §§ 629, 630 BGB.

§ 259.

c) Gefahrtragung und Verzug.

I. Erfüllt der eine oder andere Theil nicht seine Verpflichtungen, so gelten im Allgemeinen die Regeln der gegenseitigen Verträge[1]). Hieraus folgt z. B., daß bei einer vom Dienstpflichtigen verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung der Herr die Rechte aus § 325 BGB., — umgekehrt bei schuldhafter Hintertreibung der Leistung durch den Herrn der Dienstpflichtige seinen Lohnanspruch nach Maßgabe des § 324 Abs. 1 ohne Rücksicht auf die Möglichkeit fernerer Dienstleistung behält. Es handelt sich hier um die gewöhnlichen Folgen des Kontraktbruchs[2]).

Bei einfachem Leistungsverzug des Arbeiters gelten grundsätzlich die gewöhnlichen Regeln der §§ 286 ff., 326 BGB. oder im Fall eines Fixgeschäftes die Regel des § 361[3]). Aber dies reicht nicht aus. Der Dienstvertrag setzt prompte Dienstleistung voraus. Man kann dem Herrn nicht zumuthen, auf den säumigen Diener zu warten oder ihm Nachfristen zu setzen[4]). Daher braucht der Herr den Dienstpflichtigen wegen der Säumniß unter Umständen gar nicht erst in Verzug zu setzen, sondern er kann aus wichtigem Grunde kündigen d. h. das ganze Dienstverhältniß aufheben. Ebenso bei erheblicher Mangelhaftigkeit der Dienstleistungen. § 626 BGB.[5]).

---

44) Dafür genügt nicht eine gewisse Zeitspanne, sondern nur zugleich die übliche Tageszeit (zum Besuchen einer geeigneten Vermittlungsstelle 2c.).

1) S. o. §§ 168 ff. Wobei jedoch zu beachten ist, daß der Lohn nach § 614 BGB. postnumerando zu entrichten ist, der Dienstpflichtige also vorzuleisten hat. Wir sahen aber, daß der Dienstherr gewisse andere sofort zu erfüllende Verpflichtungen hat, deren Vernachlässigung unter Umständen auch zur Zurückhaltung der bedungenen Dienste (oben § 169) berechtigt. Z. B. mangelnde Stellung der erforderlichen Arbeitsbedingungen. — Ebenso hat der Bedienstete nach allgemeinen Grundsätzen (Bd. I § 124) ein Zurückbehaltungsrecht an Gegenständen des Herrn, die er in Ausführung der Dienste in Besitz bekommen hat (s. bei Geschäftsbesorgung schon oben § 252 Note 38); — nicht aber an den Arbeitsgeräthschaften des Herrn und solchen Dingen, mit denen der Arbeiter nur gewisse Hantirungen vorzunehmen (z. B. sie zu reinigen) hat, und hinsichtlich deren er nur Besitzdiener (§ 855 BGB.) des Herrn ist. Aehnlich Dernburg § 307 Ziff. III.

2) S. dazu auch Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 191 ff.

3) S. o. §§ 171, 172.

4) Ein direkter Zwang zur Leistung der Dienste findet nicht statt. § 888 CPO.

5) Ueber dieses Kündigungsrecht, das über den Fall der Säumniß weit hinausgeht, s. u. § 260 III Ziff. 2.

Ebenso hat der Dienstpflichtige wegen Säumniß des Herrn in Ansehung der Lohnzahlung oder der ihm sonst obliegenden Leistungen[6]) unter Umständen dasselbe Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde[7]).

II. Andere Modifikationen der gewöhnlichen Vorschriften treten bei zufälligen Hindernissen der Dienstleistung ein. Weil hier die Dienste oft geleistet sind, ohne daß der andere Theil etwas davon hat, oder weil umgekehrt der Dienstpflichtige wenigstens seine Zeit dabei verliert, spricht man von Gefahrtragung. Es geht nicht an, das zufällige Hinderniß schlechthin auch für den Herrn (nach § 323 BGB.) befreiend wirken zu lassen. Vielmehr:

1. Wie bei der Miethe[8]) macht sich auch hier der Gesichtspunkt geltend, daß es Sache des Dienstherrn ist und ihm zur Last fällt, wenn er aus einem lediglich in seiner Person liegenden Grunde die Dienste nicht empfangen kann. Er braucht überhaupt nicht anzunehmen[9]); der Dienstpflichtige thut dann genug, wenn er sich die bedungene Zeit zu gehöriger Dienstleistung bereithält. Dies ist ganz unbezweifelt, wenn die Leistung fortdauernd bewirkt werden kann[10]). Es ist aber nicht weniger wahr, wenn es aus den in Rede stehenden Gründen erkennbar zu einer Leistung überhaupt nicht mehr kommt, sofern nur der Dienstpflichtige für seine Person fortdauernd zu leisten im Stande ist[11]). Im einen wie im anderen Fall liegt Annahmeverzug des Dienstherrn vor. Ebenso wenn er die

6) Z. B. wegen Verstoßes gegen die §§ 617, 618 BGB.

7) Wenn der Verstoß wichtig genug ist. Darüber entscheidet eventuell das freie richterliche Ermessen. S. im Zusammenhang unten § 260.

8) S. o. § 237 Ziff. 1a.

9) S. o. § 163 Ziff. I. Dieser Grundsatz wird hier durch keine Ausnahmevorschrift durchbrochen.

10) Z. B. der Dienstherr stirbt oder erkrankt, sodaß er resp. die Erben den engagirten Kammerdiener nicht mehr gebrauchen können. Oder der Herr muß eine unaufschiebliche Reise machen. Wichtigere Fälle sind die des Fabrikbetriebs ꝛc., wenn der Fabrikherr in Folge eines Unfalls, z. B. Abbrennen der Fabrik, Zerstörung einer Maschine, seinen Betrieb einschränken muß. Hier spricht man auch im Leben davon, daß er aus solchem Grunde seine Arbeiter „entläßt". Das ist Anwendung des § 626 BGB. (s. u. § 260), nicht etwa „Unmöglichkeit der Dienstleistung".

11) S. o. § 163 Note 32 u. die dort Citirten. Z. B. in den vorher erwähnten Fällen war dem Herrn, der gestorben ist, Unterricht zu ertheilen; oder umgekehrt, der Herr, für den ein Krankenwärter bestellt ist, wird wieder gesund. Auch wenn das ganze Etablissement des Fabrikherrn zerstört wird, kommt es nicht mehr zur Abnahme der Dienste, mögen sie in der Fabrik selbst zu leisten gewesen sein oder in das Gebiet der sog. Hausindustrie fallen, also vom Arbeiter zu Hause vorzunehmen sein. Diese Zufälligkeiten können keinen Unterschied begründen. S. auch § 297 BGB.

Hülfshandlungen nicht mehr beschaffen kann, die zur Bewirkung der Arbeit erforderlich sind.

Sind die Dienstleistungen noch möglich[12]), so würde nach allgemeinen Grundsätzen der Dienstschuldner durch den Annahmeverzug von der nachträglichen Leistung nicht dispensirt[13]). Dies ist ihm nun aber schlechterdings nicht zuzumuthen. Die nachträgliche Dienstleistung wäre für den Arbeiter, der gewartet und seine Zeit dabei verloren hat, eine verdoppelte Leistung. Daher schuldet der Dienstherr den Lohn so wie ein Miether, der aus einem in seiner Person liegenden Grunde die Miethsache nicht benutzt hat[14]), d. h. der Dienstpflichtige ist von Nachleistung der Dienste befreit. Er kann den bedungenen Lohn fordern, nur unter Abzug dessen, was er in Folge der Nichtleistung der Dienste erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste[15]) erwirbt oder böswillig zu erwerben unterläßt[16]). § 615 BGB.

2. Auf der anderen Seite gibt es auch Zufälle, welche die Möglichkeit der Dienstleistung überhaupt, d. h. in dem Sinne aufheben, daß auch der Dienstpflichtige selbst nicht mehr im Stande ist, zu leisten. Annahmeverzug liegt hier nicht vor[17]). Hier muß es bei der Regel bleiben. Hat also die Dienstleistung noch gar nicht begonnen, so tritt beiderseits Befreiung ein[18]). Hat sie zum Theil stattgefunden, so hat der Dienstschuldner wenigstens für den geleisteten Theil Vergütung zu beanspruchen (nach Maßgabe der bedungenen und eventuell der üblichen Sätze). S. § 612. — In allen Fällen ist übrigens zu beachten, daß es hier nicht auf den Erfolg der Dienste, sondern nur auf deren Leistung ankommt, sodaß der unmöglich gewordene Erfolg nicht auch eine Unmöglichkeit der Dienstleistung selbst bedeutet[19]).

---

12) Andernfalls s. auch § 324 Abs. 2 BGB.

13) Es träten die gewöhnlichen in § 164 oben besprochenen Verzugsfolgen ein. — Nur für die Zukunft könnte der Dienstpflichtige unter Umständen aus „wichtigem Grunde" kündigen. S. u. § 260.

14) S. o. § 287 Ziff. 1a. Die sonstigen Verzugsfolgen bleiben daneben bestehen.

15) Soweit er sie nach dem Vertrag für den Herrn zu verwenden hatte.

16) Wie regelmäßig beim Annahmeverzuge. S. o. §§ 164, 170ff. Aehnlich schon l. 19 §§ 9 u. 10, l. 38 pr. Dig. locati 19, 2. Ueber den Fall, daß der Lohn in Tantième oder Provision vom Ertrag der nicht geleisteten Arbeit bestand, s. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 196ff. Wegen Staatsbeamten, die ungültigerweise entlassen sind, s. Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 160.

17) S. § 297 BGB. — Kohler, der dies leugnet (vgl. Archiv f. bürg. Recht Bd. 13 S. 258ff.), setzt sich damit in Widerspruch zu dem Gesetz, und seine Ansicht ist vereinzelt geblieben.

18) Z. B. eine öffentliche Schaustellung wird polizeilich verboten. Wer zur Herstellung explosiver Stoffe engagirt ist, kann seine vertragsmäßigen Dienste nicht

War die Unmöglichkeit der Dienstleistung nur eine vorübergehende von verhältnißmäßig unerheblicher Dauer, so ist § 616 BGB. entsprechend anwendbar[20]). S. u. Ziff. 3.

3. Tritt der Zufall, der die Leistung verhindert, in der Person des Dienstpflichtigen selbst ein, so befreit er nach allgemeinen Grundsätzen auch den Dienstherrn von der Verpflichtung zur Gegenleistung[21]). Davon wird jedoch im sozialen Interesse eine weitreichende Ausnahme gemacht bei blos zeitweiser Verhinderung des Bediensteten. Trotz der vorliegenden theilweisen Nichtleistung der Dienste behält hier der Dienstpflichtige seinen Anspruch auf die volle Vergütung[22]), wenn der Hinderungsgrund ohne sein Verschulden[23]) und nur für eine verhältnißmäßig nicht erhebliche Zeit[24]) bestand. § 616. Der Dienstherr trägt also insoweit die Gefahr. Doch darf er auf den Lohn anrechnen[25]), was dem Dienstpflichtigen für die Zeit seiner Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt[26]). Abweichende Verabredungen sind zulässig[27]).

---

mehr leisten, wenn die betreffende Fabrikation untersagt wird. Hier trifft der Zufall eben auch den Arbeiter.

19) Hierhin gehören die von Kohler a. a. O. S. 259 angeführten Fälle, da Jemand zur Rettung von Schiffbrüchigen engagirt ist und sie bereits ertrunken vorfindet, oder wenn Jemand zur Beobachtung des Venusdurchgangs bestellt ist und das stürmische Wetter die Beobachtung verhindert.

20) Dies wird allgemein angenommen. Der Dienstschuldner behält also hier seinen Lohnanspruch auch für die Hinderungszeit. Der Schlußsatz des § 616 paßt hier kaum.

21) Z. B. der Bedienstete erkrankt oder wird so schwach, daß er die übernommenen Arbeiten nicht mehr leisten kann. Der engagirte Sänger verliert die Stimme.

22) Auch bei Stücklohn? Vgl. Dernburg § 305 III lit. b; Cosack § 144 zu Note 5. Jedenfalls kann Naturalverpflegung für die betreffende Zeit nicht nachverlangt werden. Nemo vivit in praeteritum.

23) Z. B. unverschuldete Krankheit, Schwangerschaft, Heirath! — Das Verschulden wird mit Beziehung auf den Kontrakt zu verstehen sein, so daß z. B. auch das Verschweigen von Schwangerschaft u. dgl. beim Kontraktschluß den Herrn zum Lohnabzug für die Hinderungszeit berechtigt, wenn die Verhinderung vorherzusehen war.

24) Es kommt auf die Dauer der Dienstzeit und der Verhinderung, aber auch auf die Natur der Dienste und die Zeitlage der Verhinderung, ebenso auf den Zweck der Dienstleistung an und ob dieser gefährdet erscheint.

25) S. dazu oben § 258 Note 32.

26) Nicht aus einer Privatversicherung. — Für analoge Ausdehnung der Bestimmung auf Gehalt bei Militärdienstleistungen, Dernburg § 305 i. f.

27) Einfache Bestimmungen über die Gefahrtragung können als nicht zwingend angesehen werden.

§ 260.

d) Beendigung des Dienstvertrages und Verlängerung.

I. Das Dienstverhältniß endigt von selbst[1]) mit Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist. Die Zeit kann sich auch aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienste[2]) ergeben. § 620 BGB.

II. Ebenso wird der Tod des Dienstpflichtigen in der Regel das Dienstverhältniß beendigen, da die Dienste im Zweifel persönlich zu leisten sind[3]). Dagegen endigt der Tod des Dienstherrn das Verhältniß nur dann, wenn dadurch eine Unmöglichkeit der Leistung eintritt[4]). Wegen Konkurses des Dienstherrn s. § 22 KO.[5]). Im Uebrigen gelten bei solchen Dienstverhältnissen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, die darüber entwickelten Vorschriften[6]). S. §§ 672 ff., 675 BGB., § 23 KO.

III. Abgesehen davon endigt das Verhältniß durch Kündigung. §§ 620 Abs. 2, 621 ff. Und zwar hat

1. jede Partei das Kündigungsrecht[7]) unter Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist und unter Umständen gewisser Kündigungstermine[8]). In dieser Weise ist die Kündigung statthaft,

a) wenn die Vergütung nach Tagen[9]) bemessen ist, an jedem Tage für den nächstfolgenden;

b) wenn sie nach Wochen bemessen ist, nur für den Schluß einer Kalenderwoche[10]), während die Kündigung spätestens am ersten Werktag der Woche zu erfolgen hat.

---

1) Ohne daß es einer Kündigung bedarf.

2) Namentlich wenn sie vollendet sind (der Vertragszweck erreicht ist). Insbesondere bei Geschäftsbesorgungen, wenn das Geschäft ausgeführt ist. Umgekehrt dann auch, sobald sich die Unmöglichkeit der Ausführung oder Vollendung herausstellt.

3) Also arg. § 613 BGB.

4) S. o. § 259 zu Note 10 ff. Es ist also nicht sowohl der Tod, als die Unmöglichkeit der Leistung, die hier das Dienstverhältniß beendigt.

5) Vorausgesetzt, daß das Dienstverhältniß bei der Konkurseröffnung schon angetreten war. Sonst ist § 17 KO. maßgebend.

6) Mit Beziehung auf Tod, Geschäftsunfähigkeit und Konkurs der einen oder anderen Partei. S. o. § 252 Ziff. V.

7) S. o. § 245 Note 8 ff. u. Cit.

8) Auch hier in erster Linie im Anschluß an die Bemessung des Dienstlohns! Vertragliche Abänderungen sind zulässig (auch in der Weise, daß die Fristen für beide Parteien verschieden sind).

9) Ist sie nach Stunden bemessen, so werden wir sie analog für jede nächstfolgende Stunde (nicht erst für den nächsten Tag) zulassen. A. M. Dernburg § 308 Ziff. II.

10) S. § 245 Note 15.

c) Ist die Vergütung nach Monaten bemessen, so ist entsprechend die Kündigung nur für den Schluß des Kalendermonats zulässig und hat spätestens am 15. des Monats zu erfolgen.

d) Ist die Vergütung nach Vierteljahren oder längeren Zeiträumen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer sechswöchigen Kündigungsfrist[11]) zulässig. Gleiche Zeiten gelten (auch wenn die Vergütung nach kürzeren Abschnitten bemessen ist) für die mit festen Bezügen[12]) zur Leistung von Diensten höherer Art Angestellten[13]), wie Lehrer, Erzieher, Privatbeamte, Gesellschafterinnen 2c., sofern deren Erwerbsthätigkeit durch das Dienstverhältniß vollständig oder hauptsächlich[14]) in Anspruch genommen wird[15]). §§ 621, 622.

e) Ist die Vergütung überhaupt nicht nach Zeitabschnitten bestimmt[16]), so ist jederzeit fristlose Kündigung zulässig. Nur wenn das Dienstverhältniß die Erwerbsthätigkeit des Dienstpflichtigen ganz oder hauptsächlich in Anspruch nimmt[17]), ist eine Kündigungsfrist von zwei Wochen einzuhalten[18]). § 623.

2. In gewissen Fällen kann von der einen oder anderen Partei schon vor Ablauf der vertragsmäßigen Dienstzeit gekündigt werden[19]), und zwar

a) vom Dienstpflichtigen[20]) nach Ablauf von 5 Jahren, wenn das Dienstverhältniß auf längere Zeit oder auch auf die Lebenszeit einer

---

11) Wegen der Fristberechnung s. o. Bd. I § 120.

12) Den Gegensatz bilden wechselnde Bezüge nach Maßgabe der erfolgten Einzelleistungen. Zusicherung eines Mindesteinkommens allein macht die Bezüge noch nicht fest, falls keine Garantie für einzelne Bezüge übernommen ist.

13) Was Dienste höherer Art sind, ist Thatfrage. Es gehören jedenfalls hierher die oben § 257 Note 17 erwähnten freien Dienstleistungen, soweit sie mit einer Anstellung verbunden sind. Nicht die Höhe des Lohns, sondern die soziale Achtung der Dienste ist entscheidend. Oertmann § 622 Note 1. Daher wird ein hoch besoldeter Koch, eine Stütze der Hausfrau, nicht hierher zu rechnen sein.

14) S. schon oben § 258 Note 27. Bei probeweiser Anstellung ist § 622 nicht anwendbar.

15) Der Grund ist, daß diese Personen erfahrungsmäßig längerer Zeit bedürfen, um eine neue Anstellung zu finden. Vgl. auch § 133a GewO., § 66 HGB.

16) Z. B. bei Stücklohn (ohne Ausbedingung eines bestimmten Arbeitsquantums, insofern dann Ziff. I Anwendung findet), Provision 2c.

17) Z. B. bei einem Schreiber, der Seitenlohn erhält. S. noch oben Note 14.

18) Wegen der Fristberechnung s. o. Note 11.

19) Auf diese Kündigungsrechte kann im Voraus nicht verzichtet werden. Sie sind im allgemeinen öffentlichen Interesse aufgestellt.

20) Der Dienstherr kann nicht kündigen. Das Kündigungsrecht des Bedienfteten ist im Interesse der persönlichen Freiheit eingeführt.

21) Gleichgültig ist, ob der Bedienstete die Dienste in Person zu leisten hat. Küntzel in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 41 S. 442.

der Parteien eingegangen worden war[21]). Es ist eine Kündigungsfrist von 6 Monaten einzuhalten. § 624.

b) Ferner kann ein Dienstverhältniß von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist einseitig beendigt werden[22]), wenn ein wichtiger Grund vorliegt[23]). § 626. So vor Allem, wenn in der Person des einen Theils Umstände vorliegen, unter welchen dem anderen die Fortsetzung des Dienstvertrags nicht zuzumuthen ist[24]). Aber auch sonst, wenn (objektive oder in der Person des Kündigenden selbst liegende) Umstände eintreten, die den Kündigenden an der Annahme der Dienste oder an der Erfüllung seiner eigenen Vertragspflichten verhindern[25]), in der Weise daß die Festhaltung am Vertrage zu hart erschiene[26]).

Bei Diensten höherer Art[27]), die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen[28]), ist die Kündigung sogar jederzeit ohne Nachweis wichtiger Gründe zulässig[29]), falls nicht das Dienstverhältniß ein dauerndes[30]) mit festen Bezügen[31]) war. Dies gilt für beide Parteien, da die Erschütterung des Vertrauens auf beiden Seiten gleichmäßig von üblen Folgen ist. Doch wird der Dienst-

---

22) Durch die Kündigungserklärung. Wird das Vorhandensein eines genügenden Grundes bestritten und entspinnt sich darüber ein Prozeß, so hat das Urtheil nur deklarative Bedeutung (es konstatirt die durch Kündigung vollzogene Vertragsaufhebung). S. § 181 Note 5. — Der Kündigende hat den Grund zu beweisen.

23) Die frühere Gesetzgebung gab vielfach die Gründe einzeln an. Dies hat man mit Recht aufgegeben. Das Gericht beurtheilt die „wichtigen Gründe" wie überall nach freiem Ermessen. Dabei können adminikulirend auch nach der Kündigung eingetretene Umstände in Betracht gezogen werden. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 32 S. 249.

24) Z. B. die eine oder andere Partei ist in Erfüllung ihrer Pflichten erheblich nachlässig oder säumig (so der Bedienstete in seiner Arbeit, der Dienstherr in der Lohnzahlung oder in Erfüllung seiner sozialen Fürsorgepflichten, §§ 617, 618 BGB.); der Dienstherr mißhandelt, beleidigt oder verführt die dienstpflichtige Person; diese hinwiederum erkrankt erheblich, wird zum Militärdienst eingezogen, hat Freiheitsstrafen zu verbüßen, ergibt sich einem schlechten Lebenswandel ꝛc. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 169.

25) Z. B. Verarmung. S. meine Partiar. Rechtsgeschäfte S. 187; Oertmann § 626 Note 3 lit. b u. c.

26) Darin liegt zugleich, daß diese Ereignisse vom Kündigenden nicht leichtsinnig (schuldhaft) herbeigeführt sein dürfen. Ebenso Oertmann a. a. O. — Wegen der Beziehung zu § 124a, 133, 134b der GewO. und § 70 HGB. s. u. § 262 Note 40 u. Cit.

27) S. o. Note 13.

28) Nicht im konkreten Falle übertragen sind! Letzteres weiß man nicht (das Vertrauen im Einzelfall ist nicht zu konstatiren).

29) Der wichtige Grund liegt hier in der Sache selbst. Die Bestimmung entspricht der gleichnamigen beim Auftrag. S. o. § 253 I Ziff. 3a u. b.

30) S. o. § 258 Note 26.

31) S. hier oben Note 12. Daß das Dienstverhältniß die Erwerbsthätigkeit ganz oder hauptsächlich in Anspruch nehme, wird nicht verlangt.

pflichtige dem Herrn zu Schadensersatz verbunden, wenn er ohne wichtigen Grund zur Unzeit[32]) kündigt, d. h. so, daß sich der Herr die Dienste nicht rechtzeitig anderweit verschaffen kann[33]). § 627. —

Die hier besprochenen Kündigungen ersetzen ein Rücktrittsrecht von dem Vertrage; die Wirkung beschränkt sich auf die Zukunft[34]). Daher ist für die inzwischen geleistete Arbeit die bedungene Vergütung zu entrichten: da es aber nicht die ganze Dienstarbeit ist, nur zu einem den bisherigen Leistungen entsprechenden Theile[35]). Ein schon im Voraus bezahlter Theil der Vergütung unterliegt der Rückforderung[36]). § 628 Abs. 1 S. 1 u. 3. — Dabei wird für die Ansprüche des Dienstpflichtigen noch weiter unterschieden, ob er die Auflösung des Verhältnisses provozirt hat. Dies ist der Fall, wenn er durch sein vertragswidriges Verhalten dem anderen Theil Anlaß zur Kündigung gab[37]), oder selbst kündigte, ohne vom Herrn durch dessen vertragswidriges Verhalten[38]) dazu veranlaßt zu sein. Wer als Dienstpflichtiger in dieser Weise, wenn auch ohne Verschulden[39]), die vorzeitige Aufhebung des Kontrakts herbeiführt, kann den ver-

---

32) Der Grund muß von der Art, also insbesondere so dringend sein, daß er die Kündigung gerade zu der betreffenden Zeit rechtfertigt. Im Uebrigen gilt wegen der Wichtigkeit das oben Note 23, 24 Gesagte.

33) Letzteres, und seinen Schaden hat der Herr zu beweisen. Der Anspruch geht auf das volle Erfüllungsinteresse. — Festgehalten bei seinem Dienste wird der zur Unzeit Kündigende nicht.

34) Aus Zweckmäßigkeitsgründen (wie bei der Miethe, s. o. § 235 II Ziff. 2, bes. Note 32). Doch ist (entsprechend § 327 BGB.) ein im Voraus zuviel bezahlter Lohn wie beim gewöhnlichen Rücktrittsrecht nach § 347 zurückzufordern; wenn der Grund des Rücktritts vom Verpflichteten nicht zu vertreten war, nur nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung. S. § 628 Abs. 1 u. unten Note 43.

35) Nach dem Verhältniß der thatsächlich geleisteten zu den gesammten bedungenen Diensten. Es ist nicht stets mechanisch nach der Zeit zu rechnen. Zu Anfang der Dienstzeit oder gerade in Folge des Grundes der Kündigung hat der Dienstpflichtige oft weniger geleistet, als auf die betreffende Dienstzeit an sich entfallen würde. — Doch gibt es auch Fälle, in denen die Leistungen nicht in dieser Weise im Einzelnen abgewogen werden können. (Z. B. bei einem Privatbeamten kann man nicht nachzählen, wieviel er an jedem Tage gearbeitet hat. Hier muß man einfach die von ihm wahrgenommene Dienstzeit rechnen.) Steckt in dem bedungenen Dienstlohn auch ein Aequivalent für Auslagen des Dienstpflichtigen, so sind auch diese, soweit sie schon gemacht sind, in Anschlag zu bringen.

36) S. u. Note 42—43.

37) Nicht aber wenn er z. B. wegen unverschuldeter Krankheit entlassen werden mußte.

38) Vertragswidriges Verhalten ist hier immer nur unter der Voraussetzung eines Verschuldens zu verstehen. Vgl. Prot. Bd. 2 S. 305 ff.; Planck § 628 Note 3b; Oertmann Note 2a.

39) Z. B. seine Heirath gibt ihm den Anlaß zur Aufhebung des Dienstverhältnisses.

hältnißmäßigen Lohn für die Vergangenheit nicht fordern, soweit das bisher Geleistete in Folge der Kündigung für den Herrn kein Interesse hat[40]). § 628 Abs. 1 S. 2. Umgekehrt wird der Arbeiter, der den im Voraus erhaltenen Lohn in Folge der Kündigung ganz oder theilweise zurückerstatten muß[41]), wenn er den Grund der Kündigung nicht zu vertreten hat[42]), nur nach den Regeln über die Erstattung einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet[43]). Eod. S. 3.

Daß derjenige Theil (Dienstherr oder Arbeiter), der durch sein vertragswidriges Verhalten[44]) die Kündigung des Gegners veranlaßte, dem letzteren den durch die Vertragsaufhebung entstandenen Schaden zu ersetzen hat[45]), wird zur Vermeidung von Zweifeln in § 628 Abs. 2 besonders hervorgehoben. Der Kontraktbruch wird durch die Kündigung nicht gedeckt.

c) Hat sich eine Ehefrau nach Eingehung der Ehe ohne Zustimmung des Mannes[46]) zu persönlichen Dienstleistungen verpflichtet, so kann der Mann das Verhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag vom Vormundschaftsgericht dazu ermächtigt worden ist. Die Ermächtigung ist zu ertheilen, wenn sich ergibt, daß die Thätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt[47]). § 1358 BGB. Die Folgen der Kündigung bestimmen sich nach § 628 Abs. 1. Die Frau kann also einen ihrer bisherigen Thätigkeit entsprechenden Theil der bedungenen Vergütung fordern, es sei denn, daß das Geleistete für sich allein für den Dienst-

40) Z. B. weil der gelieferte Theil der Arbeit für sich allein nutzlos ist, oder weil dem neuen Arbeiter (z. B. einem Anwalt) das Ganze doch noch einmal vergütet werden muß.

41) Entsprechend der Ausführung bei Note 36.

42) Z. B. wenn er wegen unverschuldeter Krankheit entlassen wird.

43) D. h. insoweit noch eine Bereicherung des Empfängers vorhanden ist. Andernfalls hat er das zuviel Empfangene vollständig zu ersetzen. Arg. § 347 BGB.

44) S. o. Note 38.

45) Im Rahmen des allgemeinen Ersatzumfangs (s. o. § 151). In Betracht kommt z. B. der höhere Lohn des neuen Arbeiters; die Auslagen seiner Auffindung; der Schaden, welcher durch die Unterbrechung der Arbeit entsteht.

46) Oder des Vormundschaftsgerichts, soweit dieses nach familienrechtlichen Grundsätzen an Stelle des Mannes zur Ertheilung der Zustimmung berechtigt ist. — Solange die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist, findet das Kündigungsrecht nicht statt. § 1358 Abs. 2 BGB.

47) Dies wird als ein hinreichend wichtiger Grund zur Kündigung angesehen, — das Zutreffen des Grundes von einer Prüfung der Vormundschaftsbehörde abhängig gemacht. — Die Bedeutung der Vorschrift erstreckt sich weit über den Dienstvertrag hinaus; wenngleich der Hauptanwendungsfall hier liegt. Näheres im Familienrecht.

Herrn kein Interesse hat. Rückforderung des praenumerando gezahlten Lohns findet regelmäßig nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung statt[48]).

IV. Setzt der Dienstpflichtige nach Ablauf der Dienstzeit[49]) mit Wissen des anderen Theils das Verhältniß fort[50]), so entsteht dadurch (ohne besondere Erklärung) eine Verlängerung des Vertrags unter den bisherigen Bedingungen, falls nicht der Dienstherr unverzüglich[51]) widerspricht[52]). Doch läuft die Verlängerung immer nur auf unbestimmte Zeit[53]). § 625.

2. Besondere Fälle.

§ 261.

a) Der Gesindedienstvertrag.*

Für den Gesindedienstvertrag gibt Art. 95 EG.BGB. nur einige Normativbestimmungen. Ueberwiegend untersteht das Verhältniß dem Landesrecht, insbesondere den sog. Gesindeordnungen[1]). Hier sind nur einige übereinstimmende Grundzüge (unter Berücksichtigung des Reichsrechts) hervorzuheben[2]).

1. Das Gesinde steht im Sinne des Reichsrechts in einem dauernden Dienstverhältniß, welches die Erwerbsthätigkeit des Be-

48) Es habe denn z. B. die Frau schuldhaft ihre Verheirathung verschwiegen!

49) Mag diese von selbst oder in Folge einer Kündigung abgelaufen sein. — Die bisherigen Rechte schweigen meist über den Fall. Ueber die Analogie bei der Miethe s. o. § 245 Ziff. IV.

50) Und zwar nicht nur provisorisch, z. B. aushülfsweise bis der Dienstherr einen neuen Arbeiter gefunden hat.

51) Ohne schuldhaftes Zögern. Arg. § 121 BGB.

52) Der Widerspruch ist empfangsbedürftige Willenserklärung. Bd. I § 88.

53) Es kann also neuerdings nach Ziff. III oben von jeder Seite gekündigt werden.

*) Neubauer, Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Rechts betreffend verschiedene Rechtsmaterien (Gesinderecht) (1880); Suchsland, Das Recht des Gesindes in allen Bundesstaaten des Deutschen Reichs (1895); Kähler, Gesindewesen u. Gesinderecht in Deutschland (1896); Fuld im Archiv f. öffentl. Recht Bd. 14 S. 93 ff.; Cosack § 146. — Lindenberg, Das preuß. Gesinderecht (1900); Seyffarth, Die preuß. GesO. u. andere partikuläre, theilweise populäre Schriften.

1) Vgl. z. B. preuß. GesO. v. 8. Nov. 1810, V. v. 29. Sept. 1846, Ges. v. 24. April 1854 (rheinische GesO. v. 19. Aug. 1844, Neuvorpomm. u. Rüg. v. 11. April 1845, Schleswig-Holst. v. 25. Febr. 1840, Frankfurt a. M. v. 5. März 1822, Nassau v. 15. Mai 1819) dazu AG. Art. 14; Bayr. AG. Art. 15 ff; Sächs. GO. v. 2. Mai 1892, 31. Mai 1898; Württ. v. 28. Juli 1899; Bad. v. 3. Febr. 1868 bezw. 14. Aug. 1899; Hess. v. 28. April 1877 bezw. 3. Aug. 1899 ꝛc.

2) Geschichtliches bei Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht III § 249.

dienstleten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, und wobei letzterer in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist[3]). Die Dienste bestehen überhaupt in häuslichen Diensten[4]). Dagegen gibt es der geschichtlichen Entwickelung gemäß auch landwirthschaftliches Gesinde[5]). Hausstand und Wirthschaftsbetrieb wird hier nicht unterschieden; und somit erweitert sich entsprechend der Begriff der Hausgemeinschaft[6]) und der Gesindedienste auf den gesammten Gutsbetrieb[7]). Die Dienste sind Handarbeit.

Wer nicht unter eine dieser Kategorien gehört, ist nicht Gesinde[8]), untersteht also nicht den Gesindeordnungen, sondern den allgemeinen Vorschriften über den Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB.), falls keine anderen Spezialgesetze auf ihn zutreffen[9]).

2. Der Abschluß des Gesindedienstvertrags bedarf nach den meisten Rechten einer Form: Hingabe eines Draufgeldes[10]) oder schriftlichen Abschlusses. Der Mangel der Form wird aber regelmäßig durch thatsächlichen Antritt des Dienstes geheilt. — Vielfach bestehen Vorschriften über die Zeit des Dienstantritts und die Dauer der Dienstzeit[11]), die in Ermangelung anderweitiger Vertragsbestimmungen entscheidend sind.

Die Fähigkeit zum Abschluß des Vertrages (insbesondere seitens minderjähriger Dienstboten) richtet sich jetzt ausschließlich nach den

3) Vgl. § 617 BGB. Daß manchen Dienern, z. B. einem Kutscher, mitunter ein Schlafgeld für auswärtiges Wohnen gewährt wird, thut dem Begriffe keinen Eintrag. Raummangel erklärt mancherlei Modifikationen.

4) Im Gegensatz zu gewerblichen Diensten, z. B. im Bureau, in einer Gastwirthschaft oder in der Werkstatt des Herrn. — Bei Kombination beider Thätigkeiten entscheidet die Hauptthätigkeit.

5) Z. B. Ackersknechte, Viehtreiber, Hirten, Schäfer, Gärtner 2c.

6) Z. B. für Hirten, Schäfer! Wir müssen hier an Stelle der Hausgemeinschaft die ganze Wirthschaftsgemeinschaft setzen.

7) Abgesehen davon wird zwischen städtischem und ländlichem Gesinde übrigens von den Gesindeordnungen häufig noch ein rechtlicher Unterschied gemacht.

8) Z. B. nicht Kellner, Aufwärter, Krankenwärter, Waschfrauen, Laufburschen, Schneiderinnen, Taglöhner und ländliche Arbeiterfamilien, die einen eigenen Hausstand haben. — Nicht die sog. Hausoffizianten des Preuß. Allg. Landrechts und der preuß. Gesindeordnung, die höhere Dienste als Handarbeiten zu leisten haben (z. B. Gutsinspektoren, Haushofmeister, Repräsentantinnen). S. auch Art. 89 Preuß. AG.

9) Z. B. des gewerblichen Dienstvertrags. S. u. § 262. Abgesehen von den reichsrechtlich gezogenen Grenzen entscheidet das Landesrecht darüber, welche Personen zum Gesinde zu rechnen sind.

10) Des sog. Miethgelds oder Miethpfennigs. Eine Anrechnung auf den Lohn ist nicht immer zulässig, mindestens nicht üblich. Dagegen ist sie vielfach gestattet, wenn der Dienstbote schuldhaft nach kurzer Zeit das Dienstverhältniß löst.

11) Nach Gesetz oder Ortsgebrauch.

reichsgesetzlichen Bestimmungen (§§ 104—115 BGB.)[12]). Dasselbe gilt für die Wirkung anderer empfangsbedürftiger Willenserklärungen, die im weiteren Verlaufe nöthig werden (§ 131 BGB.). Art. 95 EG.[13]).

3. Hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Parteien[14]) gilt Folgendes.

a) Der Dienstbote hat die Verrichtungen, für die er angenommen worden ist, fleißig und sorgfältig auszuführen[15]), und in dringenden Fällen[16]) aushülfsweise auch andere Verrichtungen[17]). Ueberdies hat das Gesinde sich in seinem ganzen Verhalten den Anordnungen der Herrschaft zu unterwerfen[18]), ihr Interesse wahrzunehmen und ist ihr zur Treue verpflichtet[19]). Dagegen braucht der Dienstbote der Herrschaft in der Regel an einen anderen Ort als da, wo die Dienste bedungen sind, nur dann zu folgen, wenn die Herrschaft ihn nach beendigter Dienstzeit auf ihre Kosten wieder an den früheren Ort zurückbefördert[20]).

Wegen der Wichtigkeit der Gesindedienste für das ganze gesellschaftliche Leben[21]) steht die pünktliche Leistung der Dienste unter besonderem polizeilichen und strafrechtlichen Schutz. Demgemäß ist das Gesinde, das sich des Dienstantrittes weigert, ohne rechtmäßigen Grund den Dienst verläßt, oder sich in Ausübung des Dienstes hartnäckigen Ungehorsams gegen die Herrschaft schuldig macht, nicht nur der letzteren schadensersatzpflichtig, sondern regelmäßig auch strafbar[22]). Dagegen

---

12) Insbesondere kommt § 113 BGB. (s. o. Bd. I § 83 zu Note 47 ff.) in Betracht.

13) Z. B. einer Kündigung an den in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Dienstboten.

14) Vgl. im Allgemeinen oben § 258.

15) Zieht der Dienstbote zur Verrichtung seiner Arbeit Hülfspersonen (z. B. Frau und Kinder) zu, so haftet er für deren Versehen wie für das eigene. § 278 BGB. Art. 95 EG. Auch die Deliktshaftung bestimmt sich nach Reichsrecht. §§ 831, 840 Abs. 2 BGB., Art. 95 EG.

16) Z. B. bei Erkrankung anderer Dienstboten desselben Herrn.

17) Für die er nicht besonders gedungen ist.

18) Im dienstlichen Verhalten (z. B. die bedungene Arbeit ist zu den Zeiten zu verrichten, in denen die Herrschaft es verlangt) und zum größten Theile auch im außerdienstlichen.

19 In die Formel „treu und fleißig" werden denn auch nach dem Sprachgebrauch des Lebens die Anforderungen an einen guten Dienstboten zusammengefaßt.

20) Nach manchen Rechten hat der Dienstbote wegen größerer Ortsveränderung (namentlich aus dem Heimathlande) ein Kündigungsrecht.

21) Nach Aufhebung der Leibeigenschaft ꝛc.

22) Vgl. z. B. preuß. Ges. v. 24. April 1854. Stobbe, Vertragsrecht S. 35 ff.; Löning, Vertragsbruch I S. 463 ff., 466 ff., 474 ff., 477. Auch die Aufforderung an Dienstboten zum Kontraktbruch wird bestraft.

findet ein direkter Zwang zur Dienstleistung nicht mehr statt. § 888 i. f. CPO.[23]).

Auch das ehemalige Züchtigungsrecht der Herrschaft gegenüber dem Gesinde ist weggefallen[24]). Art. 95 Abs. 3 EG.BGB. Die Bestimmungen mancher Gesindeordnungen, daß Scheltworte und geringe Thätlichkeiten der Herrschaft nicht als Beleidigungen im Sinne des Strafgesetzes anzusehen seien, werden dadurch nicht berührt[25]).

Unter Umständen kann der Herr seine Schadensersatzansprüche wegen Pflichtwidrigkeiten des Gesindes auf den geschuldeten Lohn aufrechnen[26]), oder dessen Effekten wegen der Schadensersatzforderung zurückbehalten[27]).

b) Die Herrschaft hat die soziale Fürsorgepflicht für den Dienstboten (§§ 617—619 BGB.). Art. 95 Abs. 2 EG.BGB.[28]). Soweit landesrechtliche Bestimmungen dem Dienstboten wegen Erkrankung im Dienst noch weitere Ansprüche geben, bleiben die letzteren unberührt[29]).

Neben die Verpflichtung zur Lohnzahlung[30]), die unter den allgemeinen Grundsätzen steht[31]), tritt hier noch eine solche zur Gewährung gehöriger Kost oder eines angemessenen Kostgeldes[32]).

---

23) Die Bestimmungen über die Schadensersatzpflicht desjenigen, der das Gesinde zum widerrechtlichen Verlassen eines Dienstes verleitet, oder in Kenntniß eines noch bestehenden Dienstverhältnisses in Dienst nimmt, bleiben nach Art 95 Abs. 1 EG.BGB. unberührt.

24) Es kann aber z. B. von den Eltern dem Dienstherrn übertragen werden.

25) Ueber das Fortgelten dieser Bestimmungen gegenüber dem Reichsstrafgesetzbuch selbst, s. Entsch. d. RG. in Strafsachen Bd. 2 S. 9.

26) So nach dem preuß. AG. Art. 14 § 1 Abs. 3 (trotz § 394 BGB). Nach anderen Rechten verliert das Gesinde wegen gewissen Pflichtwidrigkeiten z. B. Verlassen des Dienstes überhaupt den Lohnanspruch.

27) Dagegen nicht um den entlaufenen Dienstboten zur Fortsetzung des Dienstes zu bewegen.

28) S. o. § 258 II Ziff. 1.

29) Hierhin dürfte z. B. die Bestimmung gehören, daß eine Anrechnung des Lohnes der Krankheitszeit auf die Kosten der Verpflegung ausgeschlossen ist; oder daß das Gesinde, wenn es in Veranlassung des Dienstes Schaden nimmt, von der Herrschaft vollkommen wiederherzustellen resp. unter Umständen lebenslänglich zu unterhalten ist. Vgl. §§ 94 ff. der preuß. Ges.O. Doch verneint die Begründung des preuß. Ausführungsgesetzes die Fortgeltung der cit. §§.

30) In Aussicht gestellte Weihnachtsgeschenke u. dgl. erzeugen regelmäßig keinen Rechtsanspruch. Dies folgt schon aus dem Begriffe des Geschenks. Die Inaussichtstellung ist von gewissen Imponderabilien abhängig. — Anderseits kann das geleistete Geschenk vielfach auf den Lohn angerechnet werden, wenn der Dienstbote binnen gewisser Frist danach die Auflösung des Dienstverhältnisses herbeiführt. Wegen sonstiger Aufrechnungen auf den Lohn s. 394 BGB. und Franke in d. Blätt. f. Rechtspflege in Thüringen Bd. 48 S. 1.

31) Aehnliche Grundsätze wie in §§ 612, 614 BGB. waren hier schon ziemlich verbreitet. — Ueber die Privilegirung der Lohnforderung in der Zwangsvollstreckung und im Konkurse s. § 850 CPO., § 61 Ziff. 1 KO.

Schulden, die das Gesinde auf den Namen des Dienstherrn gemacht hat, verpflichten den letzteren nur nach den gewöhnlichen Regeln der Stellvertretung[33]) oder der ungerechtfertigten Bereicherung[34]).

Schuldhaftes Verschweigen grober Fehler des Dienstboten im Abgangszeugniß macht den Aussteller der nachfolgenden Herrschaft vielfach ohne Weiteres[35]) schadensersatzpflichtig. Vgl. Art. 95 Abs. 1 i. f. EG. Der Dienstbote ist regelmäßig verpflichtet, ein Dienstbuch zu führen[36]).

4. Die Dienstendigungsgründe, die in den Gesindeordnungen vielfach noch kasuistisch angegeben sind, lassen sich im Allgemeinen wohl überall auf die oben § 260 angegebenen Formeln zurückführen. Bemerkenswerth ist hauptsächlich Folgendes.

a) Trotz fest bedungener Miethzeit ist regelmäßig noch eine Kündigung unter Einhaltung der für den Gesindedienst bestehenden besonderen Kündigungsfristen erforderlich[37]).

b) Beim Tod des Dienstherrn (des Familienoberhauptes) kann von Seiten der Herrschaft[38]) für den nächsten zulässigen Termin gekündigt werden. Ebenso wenn diejenigen Familienglieder sterben, zu deren besonderer Bedienung der Dienstbote angenommen worden war[39]).

c) Die Kündigungsfristen für Dienstverträge von unbestimmter Dauer sind meist einheitliche[40]), aber örtlich verschieden und vielfach auch für ländliches und städtisches Gesinde abweichend bestimmt.

d) Kündigung vor Ablauf der vertragsmäßigen Dienstzeit ist zulässig:

α. reichsrechtlich nach §§ 624, 1358 BGB.[41]). S. Art. 95 Abs. 2 EG.

β. Im Uebrigen aus wichtigen Gründen[42]), die aber in den ver-

32) Nach Maßgabe des Ortsgebrauchs und Festsetzung der Polizeibehörde.

33) Vgl. o. Bd. I §§ 103 ff., bes. § 106.

34) Z. B. wenn der Schuldgegenstand in den Nutzen des Herrn verwendet worden ist oder demselben dadurch anderweitige Ausgaben erspart sind.

35) Im Uebrigen nach Deliktsgrundsätzen §§ 823 ff. BGB.

36) Unter Kontrolle der Polizeibehörde. Da das Dienstbuch beim Dienstantritt der Herrschaft vorzuzeigen resp. zu übergeben ist, gewährt es der letzteren nicht nur die Möglichkeit, sich über die Individualität und die bisherige Thätigkeit des Dienstboten zu versichern, sondern es dient auch dazu, vertragswidrige Doppelverdingung zu verhindern.

37) Weil die Verlängerung des Verhältnisses nach Ablauf der Dienstzeit hier näher liegt als anderswo.

39) Nicht von Seiten des Gesindes.

38) Z. B. ein Kindermädchen, wenn das von ihm zu wartende Kind verstirbt.

40) Nicht nach der Art der Bemessung des Dienstlohnes abgestuft.

41) S. darüber oben § 260 III Ziff. 2a und c.

42) Vgl. o. § 260 III Ziff. 2b.

schiedenen Landesrechten meist näher spezialisirt sind. Bald mit[43]) bald ohne Kündigungsfrist[44]). Letzterenfalls wird regelmäßig nicht von Kündigung, sondern z. B. von Entlassung (sofortiger Entlassung) des Gesindes gesprochen.

Aber auch falls eine Kündigungsfrist einzuhalten ist, darf die Herrschaft das Gesinde doch regelmäßig sofort gegen Zahlung des auf die betreffende Zeit entfallenden Lohns und des gesetzlichen Kostgeldes entlassen.

5. Rechtsstreitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde werden nicht immer als rein privatrechtliche Angelegenheit angesehen[45]), sondern unterliegen zum Theil der polizeilichen Entscheidung[46]). Mitunter ist diese nur eine vorläufige, sodaß dagegen Berufung auf den Rechtsweg stattfindet.

§ 262.

b) Der gewerbliche Arbeitsvertrag*.

Besondere Regeln sind auch für den Dienstvertrag der gewerblichen Arbeiter aufgestellt[1]). §§ 105 ff. GewO.[2]). Dies sind insbesondere die im Handwerk und Fabrikbetrieb[3]) als Arbeiter, Ge-

43) Z. B. kann die Herrschaft kündigen wegen Unbrauchbarkeit des Gesindes, Verarmung; — der Dienstbote wegen Beschimpfung, mangels Lohnzahlung, im Falle seiner Verheirathung oder Begründung einer eigenen Wirthschaft.

44) Z. B. wegen hartnäckigen Ungehorsams des Gesindes, Entlaufens aus dem Dienste, unerlaubten Ausbleibens über Nacht ꝛc. Zuweilen auch wegen Mangels derjenigen Fähigkeiten, die beim Abschluß des Dienstvertrags ausdrücklich zugesichert waren.

45) S. auch oben bei Note 21 ff.

46) Oder auch einer polizeilichen Vermittelung.

*) Vgl. Mandry-Geib, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze (1898) § 45; Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht III § 250; Dernburg § 309 und die Litteratur über Gewerberecht insbesondere die Kommentare zur GewO.

1) Hier namentlich im öffentlichen Interesse des sog. Arbeiterschutzes. Die Bestimmungen sind reichsgesetzlich; gehen aber in ihrer Tragweite über den Rahmen des Privatrechts weit hinaus, weshalb hier nur eine Andeutung stattfinden kann.

2) Art. 36 EG.BGB. läßt diese Bestimmungen größtentheils unberührt und gibt einige redaktionelle Verbesserungen.

3) Auf den Unterschied kann hier nicht näher eingegangen werden. Im Allgemeinen sieht man

a) auf den Umfang des Gewerbebetriebs (Maß und Zahl der verarbeiteten Sachen und der Arbeiter);

b) auf die Betriebsmittel (Zahl und Umfang der gebrauchten Maschinen; das Vorwiegen von Handarbeit oder Maschinenarbeit);

c) auf die Art des Betriebs (ob der Prinzipal in ähnlicher Weise thätig ist wie die von ihm angenommenen Arbeiter, oder ob er sich auf Bureauarbeiten beschränkt);

d) auf die Art des Absatzes (ob an Zwischenhändler, oder direkt an das Publikum geliefert wird).

sellen, Gehülfen ꝛc. beschäftigten Personen. Das Gewerbe umfaßt berufsmäßige fortgesetzte Thätigkeit bestimmter Art[4]) zum Zwecke des Erwerbes; aber keine Thätigkeit höherer Art[5]). Eine ganze Reihe von Berufen wird in § 6 GewO. ausdrücklich ausgeschlossen. Doch ist die dortige Aufzählung nicht erschöpfend, sie erwähnt z. B. nicht den Betrieb der Landwirthschaft[6]). Auf der anderen Seite finden manche Bestimmungen der Gewerbeordnung auch auf die Bergarbeiter Anwendung, obschon der Bergbau im Allgemeinen noch der landesrechtlichen Regelung untersteht. Vgl. § 154a GewO. und im Uebrigen Art. 67 EG.BGB.[7]). Für die Handlungsgehülfen gelten die besonderen Bestimmungen des Handelsrechts[8]).

1. Beim gewerblichen Arbeitsvertrag handelt es sich also, ähnlich wie beim Gesindedienst[9]), regelmäßig um Handdienste[10]). Ob der Arbeiter Geselle oder Gehülfe heißt, wird theils durch das Herkommen bestimmt[11]); theils wird Gehülfe genannt, wer beim Betriebe des Gewerbes Hülfe leistet ohne im Besitz der Vollkenntnisse des betreffenden Betriebszweiges zu sein, wie wir sie beim Gesellen voraussetzen. Fabrikarbeiter leisten schlechtweg die ihnen zugewiesenen, oft gar keine besondere Fertigkeit voraussetzenden, regelmäßig immer gleichen Handdienste.

Nach alledem gehören zu den gewerblichen Arbeitern in diesem Sinne nicht Personen, die mit der Leitung oder Aufsicht des Gewerbebetriebs im Ganzen oder eines bestimmten Betriebszweiges betraut sind (sog. Aufsichtsbeamte, Werkmeister). Ebensowenig Techniker, die mit höheren technischen Dienstleistungen im Gewerbebetrieb betraut sind. Für diese Personen gelten besondere Vorschriften (§§ 133a ff. GewO.), falls sie dauernd und gegen feste Bezüge angestellt sind[12]). Andernfalls unterstehen sie den allgemeinen Vorschriften.

4) Doch ist die Zahl der „Gewerbe" eine keineswegs geschlossene.

5) Nicht die sog. artes liberales, auch soweit sie heute entlohnt zu werden pflegen (s. o. § 257 Note 17), z. B. die Berufe des Künstlers, Schriftstellers ꝛc. Dessen Hülfspersonen sind also keine gewerblichen Arbeiter.

6) Vgl. schon oben § 261 Ziff. 1, wo hervorgehoben ist, daß die landwirthschaftlichen Arbeiter regelmäßig dem Gesinde zuzuzählen sind.

7) Das Preuß. Allg. Berggesetz v. 24. Juni 1865 (mit Novelle v. 24. Juni 1892, s. auch AG. Art. 37) ist für zahlreiche deutsche Berggesetze vorbildlich geworden.

8) Auf letzteres ist hier nicht einmal andeutend einzugehen.

9) Eine Hausgemeinschaft mit dem Herrn findet bei Gesellen, Gehülfen und Fabrikarbeitern regelmäßig nicht mehr statt. Damit fällt auch der Anspruch auf Kost und Wohnung.

10) Die Dauer der Beschäftigung ist gleichgültig.

11) Man spricht vom Schneidergesellen, aber vom Barbiergehülfen ꝛc.

12) Abgesehen von wichtigen Gründen, kann das Verhältniß nur zum Ablauf eines Kalendervierteljahrs mit sechswöchiger Kündigung gelöst werden.

Abgesehen davon ist hinsichtlich des gewerblichen Arbeitsverhältnisses Folgendes zu bemerken.

2. Der Abschluß des Vertrages ist formlos und erfolgt auch im Uebrigen nach den allgemeinen Vorschriften. Beschränkungen bestehen aber hinsichtlich des Abschlusses mit jugendlichen Personen, insofern gewerbliche Arbeiter unter 21 Jahren nur angenommen werden dürfen, wenn sie sich im Besitze eines polizeilich ausgefertigten Arbeitsbuches befinden, das ohne gewisse Garantien (Absolvirung der Volksschule, Zustimmung der aufsichtspflichtigen Personen) nicht zu erlangen ist, und im Uebrigen ähnliche Funktionen wie die Gesindedienstbücher erfüllt[13]). §§ 107—112 u. 114 GewO. Auch ist Gewerbtreibenden, die sich nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte befinden, die persönliche „Anleitung" von Arbeitern unter 18 Jahren untersagt[14]). § 106 eod.

In Fabriken[15]) und Bergwerken[16]) dürfen Kinder unter 13 Jahren und solche, die noch zum Besuch der Volksschule verpflichtet sind, überhaupt nicht beschäftigt werden. Die Beschäftigung anderer jugendlicher Arbeiter ist in bestimmter Weise beschränkt[17]). §§ 135 ff., 154 a GewO. Aehnliche Arbeitsbeschränkungen sind in diesen Betrieben für weibliche Personen aufgestellt[18]). §§ 137 ff., 154 a GewO.[19]).

3. Was die Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Vertrage betrifft, so haben

a) die gewerblichen Arbeiter im Allgemeinen den Anordnungen des Arbeitgebers hinsichtlich der ihnen übertragenen Arbeit und häuslichen Einrichtungen Folge zu leisten. Zu häuslichen Arbeiten sind sie nicht verbunden. § 121 GewO.[20]). Sonntags- und Festtagsarbeit

---

13) S. o. § 261 Note 36. — Für Bergarbeiter s. §§ 85 b—h preuß. Ges. v. 24. Juni 1892.

14) Also dadurch mittelbar auch der Abschluß von Arbeitsverträgen, die nach der Natur des Betriebes eine Arbeit unter unmittelbarer Leitung des Dienstherrn mit sich bringen.

15) S. o. Note 8.

16) Sowie einigen anderen den Fabriken gleichgestellten Anstalten. § 154a GewO.

17) Arbeitsdauer, Arbeitszeit, Erholungspausen ꝛc. sind im Einzelnen vorgesehen.

18) Speziell auch für Wöchnerinnen. Im Uebrigen wie in der vor. Note.

19) Nach § 154 Abs. 3 können gewisse Ausnahmen zugestanden werden.

20) Eine Aufsicht des Herrn über ihr außerdienstliches Verhalten findet nicht statt. — Bei Kontraktbruch findet keine zwangsweise Zurückführung (§ 888 Abs. 2 CPO.), sondern nur Schadensersatz statt. Schadensersatzpflichtig wird aber auch der Arbeitgeber, der den Arbeiter zum widerrechtlichen Verlassen des Dienstes verleitet oder ihn in Kenntniß seiner Verpflichtung in Dienst nimmt oder behält. Der Zuwiderhandelnde haftet als Selbstschuldner mit dem Arbeiter. S. §§ 125, 134 GewO.

darf nur insoweit stattfinden, als die Natur des Betriebs keine Unterbrechung gestattet[21]). §§ 105a ff. Im Uebrigen wird die zu leistende Arbeit durch den Vertrag näher bestimmt, wobei statt der jedesmaligen Wiederholung im Einzelfalle auf eine vom Dienstherrn erlassene Arbeitsordnung verwiesen werden kann[22]).

In Fabriken von mindestens 20 Arbeitern und Bergwerken[23]) muß eine solche Arbeitsordnung existiren, welche öffentlich aushängt und alle wesentlichen Bestimmungen des Arbeitsvertrages dauernd kundgibt[24]). So insbesondere auch hinsichtlich der Vertragsstrafen wegen Zuwiderhandlungen[25]). Die verwirkten Strafen fallen nicht dem Arbeitgeber zu, sondern müssen zum Besten der Arbeiter verwendet werden[26]). Eine Abänderung der Arbeitsordnung kann nur nach Anhörung der volljährigen Arbeiterschaft oder eines von derselben gebildeten Ausschusses erfolgen[27]) und tritt frühestens nach zwei Wochen[28]) seit dem öffentlichen Aushang in Kraft. §§ 134a ff., 154a GewO.

Der Inhalt der Arbeitsordnung ist, soweit er den Gesetzen nicht zuwiderläuft, für Arbeitgeber und Arbeiter verbindlich.

b) Der Arbeitgeber hat die soziale Fürsorgepflicht für den Arbeiter (§§ 120a ff. GewO.) in entsprechender Weise wie bei anderen Dienstverträgen[29]). Ferner hat er zu gehöriger Zeit den vereinbarten oder üblichen Lohn zu zahlen[30]) und dem abgehenden Arbeiter ein Dienstzeugniß auszustellen (§ 113 GewO.).

21) Auf diesen Gesichtspunkt dürften die zahlreichen Detailbestimmungen der §§ 105a u. ff. GewO. zurückzuführen sein.

22) Vgl. über etwas Aehnliches schon oben § 257 Note 46.

23) S. o. Note 16.

24) Damit Verstöße gegen das Gesetz vermieden und alle Arbeiter in den wesentlichen Punkten gleichbehandelt werden. — Die Auslegung der Arbeitsordnung hat im Zweifel stets gegen den Arbeitgeber zu erfolgen, da er selbst es ist, der sie erläßt.

25) Strafbestimmungen, die das Ehrgefühl oder die guten Sitten verletzen, dürfen in die Arbeitsordnung nicht aufgenommen werden.

26) Das Recht des Arbeitgebers, Schadensersatz zu fordern, wird durch diese Bestimmung nicht berührt.

27) Beim Bergwerksbetrieb auch der Bergbehörde. S. §§ 80a ff. insbes. 80g ff. preuß. Ges. v. 24. Juni 1892.

28) D. i. die regelmäßige Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist.

29) Praktisch will sie allerdings gerade hier, wo sie ehemals die weiteste Bedeutung hatte und für die übrigen Verträge vorbildlich wurde, wegen der Unfallversicherung der Arbeiter nicht mehr viel bedeuten. Die Berufsgenossenschaften der Unfallversicherung können bestimmen, welche Einrichtungen ihre Mitglieder zur Verhütung von Unfällen zu treffen haben. Wer diese befolgt, von dem wird sich schwer sagen lassen, daß er die ihm als Gewerbtreibender obliegende Sorgfalt verletzt habe. Und ließe es sich sagen, so tritt doch nach dem Unfallversicherungsgesetz meist der Versicherungsanspruch an Stelle des Ersatzanspruchs wider den Arbeitgeber. S. u. § 338. Dagegen besteht die volle Bedeutung der Textvorschriften fort, soweit die Unfallversicherung nicht Platz greift.

Dabei sind insbesondere alle Vereinbarungen verboten, welche geeignet sind, zu Verkürzungen am Lohn und dadurch zu einer Ausbeutung der Arbeiter zu führen (Bestimmungen gegen das sog. Truckſystem). Zunächst sind

α. alle Löhne baar und in Reichswährung zu berechnen und auszuzahlen[31]). §§ 115 ff. GewO. Der Dienstherr darf seinen Arbeitern Lebensmittel, Feuerung, Werkzeuge, Rohmaterial ꝛc. nur zum Selbstkostenpreise, Wohnung und Landnutzung nur zum ortsüblichen Miethpreise in Anrechnung auf den Lohn gewähren. Bei Zuwiderhandlung behält der Arbeiter seinen Lohnanspruch bis zur Baarzahlung; das Empfangene hat er nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben[32]); aber nicht an den Arbeitgeber, sondern an eine gewerbliche Unterstützungskasse (eventuell die Armenkasse des Orts).

β. Verboten ist ferner das Kreditiren von Waaren seitens des Arbeitgebers an den Arbeiter, seine Familienglieder, Gehülfen ꝛc.[33]), soweit nicht nach lit. α die Anrechnung auf den Lohn gestattet ist. Der Arbeitgeber kann die kreditirten Forderungen in keiner Hinsicht für sich geltend machen[34]). Die Forderungen fallen den bezeichneten Kassen zu und sind an diese zu berichtigen[35]). §§ 115, 118, 119 GewO.

γ. Ebenso ist verboten und nichtig jede Verabredung zwischen Gewerbetreibenden und den von ihnen beschäftigten Arbeitern[36]), zufolge deren die letzteren ihre Bedürfnisse aus gewissen Verkaufsstellen entnehmen oder ihren Verdienst in bestimmter Weise verwenden sollen, es sei denn zur Betheiligung an Einrichtungen, die blos zur Verbesserung der Lage der Arbeiter oder ihrer Familien bestimmt sind. §§ 117 Abs. 2, 119 GewO.

Diese Bestimmungen gelten auch für die Bergarbeiter ꝛc. § 154a GewO.[37]).

---

30) Ueber die Privilegirung der Lohnforderung in der Zwangsvollstreckung und im Konkurse s. § 850 CPO., § 61 Ziff. 1 KO. Der Lohn minderjähriger Arbeiter kann an die Eltern oder Vormünder zu zahlen sein. S. §§ 119a, 133c, 154a GewO.

31) Also nicht in Naturalien, auch nicht mittelst Hingabe derselben an Zahlungsstatt; auch nicht in Wechseln ꝛc.

32) Der Vertrag ist also nichtig. S. auch § 117 GewO. — Daneben wird die Lohneinhaltung auch kriminell bestraft. § 146 eod.

33) Sog. zwischengeschobene Personen. S. § 119 GewO.

34) Auch nicht durch Aufrechnung. — Auch dieses Verbot ist unter öffentliche Strafe gestellt.

35) S. o. nach Note 32.

36) Auch hier werden die Familienglieder, Gehülfen und sonstige Mittelspersonen dem kontrahirenden Arbeiter selbst gleichgestellt.

37) Nach § 119b GewO. gelten sie auch für Arbeiter, die außerhalb der

4. Das Verhältniß endigt nach Maßgabe des Vertrages[38]), eventuell durch Kündigung mit einer Kündigungsfrist von 14 Tagen. §§ 122, 134 GewO.[39]). Vorzeitige Aufhebung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist ist aus besonderen (zum Theil gesetzlich festgestellten) „wichtigen Gründen", ähnlich wie beim Gesindedienstvertrag, zulässig[40]). S. §§ 123, 124, 124a, 134 GewO.[41]).

5. Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitern und Arbeitgebern werden nicht wie gewöhnliche privatrechtliche Angelegenheiten behandelt, sondern sollen in erster Linie von der Gemeindebehörde entschieden werden, jedoch mit Berufung auf den Rechtsweg binnen 10 Tagen[42]). Neuerdings gibt es zur definitiven Erledigung dieser Rechtsstreitigkeiten besondere Gewerbegerichte[43]), die überall eingerichtet werden, wo ein genügendes Bedürfniß besteht[44]), und durch welche die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen wird[45]). Handelt es sich um die Feststellung der Bedingungen, unter denen die Fortsetzung oder Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses erfolgen soll, so kann das Gewerbegericht auch als Einigungsamt angerufen werden. Vgl. RG. über die Gewerbegerichte v. 29. Juli 1890.

§ 263.

c) Der gewerbliche Lehrvertrag*.

Der Lehrvertrag steht auf der Grenze der Dienstverträge und des Werkvertrags. Sein eigentlicher Zweck ist die Ausbildung des Lehr-

---

gewöhnlichen Arbeitsstätten (z. B. zu Hause) für einen bestimmten Abnehmer gewerbliche Erzeugnisse anfertigen; sogar dann, wenn sich die Arbeiter die Roh- und Hülfsstoffe selbst beschaffen.

38) Bestimmt der Vertrag anderweitige Kündigungsfristen, so müssen sie für beide Theile gleich sein. § 122 GewO. Für Bergarbeiter § 81 preuß. Ges. v. v. 24. Juni 1892.

39) Ebenso in Preußen bei den Bergarbeitern. § 81 eod.

40) S. o. § 261 Ziff. 4 zu Note 42. Ob die in der Gewerbeordnung gesetzlich fixirten Entlassungs- resp. Austrittsgründe aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu ergänzen sind, vgl. Fuld in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 44 S. 592 ff. Ferner v. Blume im Verwaltungsarchiv Bd. 7 S. 481. — Entsprechendes gilt bei den Bergarbeitern nach §§ 82 ff. preuß. Ges. v. 24. Juni 1892.

41) Wegen rechtswidrigen Verlassens der Arbeit s. o. Note 20.

42) Vgl. o. § 261 Ziff. 5.

43) Bestehend aus einem von der Gemeindebehörde ernannten Vorsitzenden und gewählten Beisitzern: je zur Hälfte aus der Zahl der Arbeiter und Arbeitgeber. Berufsvertreter insbesondere Rechtsanwälte werden für die Parteien nicht zugelassen.

44) Errichtung durch Ortsstatut unter Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde für einen bestimmten Gemeindebezirk.

45) Bei Streitigkeiten im Betrage von über 100 Mark ist II. Instanz das Landgericht des betreffenden Bezirks.

lings zum vollkommenen Arbeiter in einem bestimmten Gewerbszweige (also eine Leistung des Herrn). Auf der anderen Seite wird der Lehrling dem Herrn zu Diensten verpflichtet (nach Art der Dienstverträge), sodaß der Lehrling äußerlich, als angehender Arbeiter, in einer den anderen Dienstpflichtigen entsprechenden Stellung ist[1]). Doch können die Dienste des Lehrlings auch häusliche Arbeiten umfassen, wenn derselbe in die häusliche Gemeinschaft des Lehrherrn aufgenommen ist und dort Kost und Wohnung erhält[2]). Von selbst versteht sich, daß der Lehrling dem Lehrherrn zum Gehorsam verpflichtet ist. Auch hat letzterer den Lehrling zur Arbeitsamkeit und guten Sitten anzuhalten.

1. Das Gesetz unterscheidet gewerbliche Lehrlinge[3]) und Handlungslehrlinge[4]). Die Verhältnisse der letzteren gehören dem Handelsrechte an. Für die gewerblichen Lehrlinge gibt es allgemeine Bestimmungen, und besondere, welche sich blos auf Lehrlinge im Handwerksbetriebe beziehen[5]). §§ 126 ff., 129 ff. GewO.

2. Der Lehrvertrag ist gültig auch wenn er formlos abgeschlossen ist. Doch kann der Lehrherr Ansprüche wegen unbefugten Austritts des Lehrlings nur geltend machen, wenn der Lehrvertrag schriftlich abgefaßt worden ist[6]). Dies soll bei gewerblichen Lehrverträgen binnen 4 Wochen nach Beginn der Lehre geschehen[7]). §§ 126 b, 127 d GewO. Hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit des Lehrlings[8]) gelten die allgemeinen Grundsätze[9]). Anderseits steht das Halten oder die An-

*) Vgl. Mandry-Geib, Civilrechtlicher Inhalt der Reichsgesetze (1898) § 46; Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht III § 250; Dernburg § 315 und die Litteratur des Gewerberechts.

1) Ja der Lehrling kann für seine Dienste Lohn empfangen; er kann aber auch seinerseits Lehrgeld zahlen; endlich können die beiderseitigen Leistungen der Parteien einfach gegeneinander ausgetauscht werden.

2) § 127 Abs. 2 GewO. Also ähnlich wie beim Gesindedienstvertrage. S. o. § 261. Aber wesentlich sind diese Dinge hier nicht.

3) §§ 126 ff. GewO. in neuester Fassung d. Ges.

4) S. §§ 76 ff. HGB. — Auch für Lehrlinge in Apotheken und in landwirthschaftlichen Betrieben gelten nicht die Vorschriften über die gewerblichen Lehrlinge (s. auch oben § 262 Note 5 u. 6). Doch zeigen sie, ebenso wie die Verhältnisse der Handlungslehrlinge, mannigfach verwandte Züge.

5) S. über die Unterscheidung oben § 262 Note 3.

6) Ebenso bei Handlungslehrlingen. § 79 HGB.

7) Der Lehrvertrag muß das Gewerbe, die Dauer der Lehrzeit, die gegenseitigen Leistungen und die Voraussetzungen der einseitigen Aufhebung durch eine Partei enthalten.

8) Der meistens minderjährig sein wird.

9) S. o. Bd. I § 83. Also der Abschluß des Vertrages erfolgt regelmäßig durch oder unter Genehmigung des gesetzlichen Vertreters. — Der Vater (resp. die kraft elterlicher Gewalt handelnde Mutter) haftet für Einhaltung des Lehrvertrags, nicht aber der Vormund. § 127g Abs. 2 GewO.

leitung von Lehrlingen solchen Personen nicht zu, die sich nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte befinden. Aus anderen wichtigen Gründen kann die Befugniß gewissen Personen ganz oder auf Zeit durch Verfügung der Verwaltungsbehörde entzogen werden[10]). S. §§ 126, 126a GewO.[11]). Auch die Vorschriften über Arbeitsbücher und sonstige Arbeitsbeschränkungen sind wie bei anderen gewerblichen Arbeitern anwendbar.

3. Was die Rechte und Pflichten der Parteien anlangt, so gelten die allgemeinen Arbeiterschutzvorschriften auch für die Lehrlinge[12]). Im Uebrigen hat

a) der Lehrherr den Lehrling durch Zuweisung geeigneter Arbeiten, durch persönliche oder anderweitige geeignete Anweisung auszubilden und in seinem allgemeinen Verhalten zu überwachen, auch ihm Gelegenheit zum Schulbesuch (Fortbildungsschulen 2c.) zu geben[13]) und am Schluß der Lehrzeit ein Zeugniß über deren Dauer, die erworbenen Kenntnisse, Fertigkeiten und Betragen auszustellen[14]). §§ 127, 127c GewO.[15]).

b) Der Lehrling hat sich den dem Lehrvertrag entsprechenden Arbeiten zu unterziehen und ist dem Lehrherrn resp. dem ihn anleitenden Vertreter desselben zur Folgsamkeit, und überhaupt zu Treue, Fleiß und anständigem Betragen verpflichtet. Er haftet bei seinem Thun und Lassen für die Sorgfalt, wie sie von einem ordentlichen Lehrling (in seinem Lebensalter) erwartet werden kann[16]). Daneben ist der gewerbliche Lehrling auch der väterlichen Zucht des Lehrherrn kraft Gesetzes unterworfen[17]). Uebermäßige, gesundheitswidrige

10) Aehnlich, aber schärfer wie bei „jugendlichen Arbeitern". S. o. § 262 Ziff. 2. — Bei Handlungslehrlingen s. §§ 81 ff. HGB.

11) Im Handwerksbetrieb dürfen nur solche Personen Lehrlinge anleiten, die das 24. Lebensjahr vollendet und entweder die Gesellenprüfung bestanden oder 5 Jahre als Meister thätig gewesen sind. Gehört der Lehrherr einer Innung an, so ist dieser binnen 14 Tagen Abschrift des Lehrvertrages einzureichen. Die Lehrzeit soll regelmäßig 3—4 Jahre betragen. §§ 129—130a GewO.

12) Wegen etwaiger Geldvergütungen von der einen oder anderen Seite, Kost und Logis s. o. zu Note 1 u. 2.

13) Gegen massenhafte Lehrlingszüchterei, wobei die gewissenhafte Beobachtung dieser Verpflichtungen von selbst zu kurz kommen würde, richtet sich § 128 GewO.

14) Im Handwerksbetrieb hat er dem Lehrling Gelegenheit zu geben, sich nach Ablauf der Lehrzeit der Gesellenprüfung zu unterziehen. S. §§ 131 ff. GewO.

15) Aehnlich für Handlungslehrlinge. S. §§ 76, 80 HGB.

16) Kontraktlich und deliktisch. Vgl. §§ 276, 828 BGB. u. oben Bd. I § 109 zu Note 13 ff., 22 ff.

17) Also nicht blos kraft Abtretung seitens des natürlichen Gewalthabers, wie oben § 261 Note 24.

und unanständige Züchtigungen sind verboten[18]). § 127a GewO. Bei schriftlich abgeschlossenem Lehrvertrag kann der Lehrling, wenn er ohne gesetzlichen Grund die Lehre verläßt, binnen gewisser Frist selbst zwangsweise durch die Polizei dem Lehrherrn wieder zugeführt werden. § 127d GewO.[19]).

4. Hinsichtlich der Beendigung des Lehrverhältnisses gilt, daß die ersten 4 Wochen nur als Probezeit anzusehen sind[20]). Die Probezeit kann bis zu 3 Monaten verlängert werden. Während der Probezeit kann das Lehrverhältniß von jedem Theil durch einseitigen Rücktritt aufgehoben werden. § 127b Abs. 1 GewO.

Von da ab aber ist der Lehrvertrag auszuhalten. Vorzeitige Kündigung findet statt aus ähnlichen Gründen wie bei den gewerblichen Arbeitern[21]), sowie bei schwerer Verletzung der Ausbildungs- und Gehorsamspflicht. § 127b Abs. 2 u. 3 GewO.

Durch den Tod des Lehrherrn wird der Vertrag aufgehoben, wenn die Aufhebung vom Lehrling binnen 4 Wochen geltend gemacht wird[22]). Abs. 4 eod. Auch Berufswechsel des Lehrlings hebt den Vertrag auf, wenn der Uebertritt vom gesetzlichen Vertreter oder dem Lehrling selbst nach seiner Volljährigkeit schriftlich erklärt und danach 4 Wochen verstrichen sind[23]). Binnen 9 Monaten nach der Auflösung darf dann der Lehrling nicht ohne Zustimmung des früheren Lehrherrn in demselben Gewerbe von einem anderen Arbeitgeber beschäftigt werden. § 127e GewO.

---

18) Sie sind Verletzung der Berufspflicht des Lehrherrn: machen ihn civilistisch nach allg. Grundsätzen haftbar und straffällig. S. § 230 Abs. 2 StGB.

19) Daneben tritt Schadensersatzpflicht unter gesammtschuldnerischer Haftung des Vaters des Lehrlings. Gleichfalls haftet für den Schadensersatz derjenige Arbeitgeber, welcher den Lehrling zum Verlassen der Lehre verleitet oder ihn in Kenntniß des noch fortbestehenden Lehrverhältnisses in Arbeit nimmt. § 127g GewO. — Vgl. o. § 261 Note 23. Auf Handlungslehrlinge ist dies nicht anwendbar. Es gelten die allgemeinen Vorschriften über Vertragsverletzung.

20) Bei Handlungslehrlingen 1 Monat. § 77 Abs. 2 HGB.

21) S. o. § 262 Ziff. 4 (seitens des Lehrherrn aus den Gründen des § 123 GewO., seitens des Lehrlings aus den Gründen § 124 Ziff. 1, 3—5 eod.) — Bei Handlungslehrlingen aus den Gründen wie bei Handlungsgehülfen. § 77 Abs. 3 HGB.

22) Bei Handlungslehrlingen binnen 1 Monat. § 77 Abs. 4 HGB.

23) Bei Handlungslehrlingen 1 Monat. § 78 HGB.

B. Werkvertrag*).

1. Der Werkvertrag im eigentlichen Sinne.

§ 264.

a) Begriff und Abschluß.

Im Werkvertrag verpflichtet sich der Arbeiter — hier passend „Unternehmer" genannt — zur Herstellung eines durch die Arbeit resp. seine Dienstleistung herbeizuführenden Erfolges (Werkes) gegen eine vom anderen Theile — dem Besteller — zugesagte Vergütung. § 631 BGB. Die Dienste des Unternehmers kommen also hier nur ihrem Resultate nach in Betracht. Gegenstand des Vertrages ist das Werk; und nur für dieses, nicht für die aufgewendete Arbeit ist die Vergütung zu leisten[1]).

Der Werkvertrag geht also nicht auf eine fortlaufende Thätigkeit des Unternehmers als solche, sondern auf Erzielung des Arbeitsprodukts; — wenngleich letzteres auch zusammengesetzter Natur sein und daher unter Umständen stückweise zu Stande gebracht und entlohnt werden kann[2]). Ist der Charakter des geschlossenen Vertrags nicht ohne Weiteres erkennbar[3]), so hat die Auslegung festzustellen, ob die Vergütung nur für das fertige Werk oder für die Arbeit als solche bedungen war. Im ersteren Fall finden die Regeln des Werkvertrages Anwendung[4]). Im Zweifel ist für einen Dienstvertrag, als die dem Arbeiter günstigere Verabredung, zu entscheiden.

---

*) Vgl. Dankwardt, Die loc. cond. operis in Ihering's Jahrb. Bd. 13 S. 299; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 252 ff.; Hachenburg, Dienst- u. Werkvertrag (1898); Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag (1899); Riezler, Der Werkvertrag (1900), beide in Fischer, Abh. Bd. 4. — Schollmeyer S. 54 ff.; Dernburg §§ 317 ff.; Endemann I §§ 172 ff.; Cosack §§ 147 ff.; Mathiaß I § 123; Enneccerus I §§ 285 ff.

1) S. schon oben § 257 zu Anfang.

2) Arg. § 641 Abs. 1 BGB. Z. B. ein Haus soll tapezirt werden. Dies geschieht Zimmer für Zimmer und wird per Quadratmeter entlohnt.

3) So kann eine Geschäftsbesorgung (s. o. § 252) gegebenenfalls in einem Dienstvertrag oder in einem Werkvertrage übernommen sein. § 675 BGB.

4) S. dazu Riezler a. a. O. S. 41 ff. — Uebrigens kann eine Vergütung in erster Linie für das Werk in seiner Vollendung, daneben aber auch für die Herstellungsarbeit zugesagt sein, wenn die Arbeit den gewünschten Erfolg nicht hat. Zustimmend Oertmann vor § 631 Note 2. Was Riezler S. 46 ff. dagegen vorbringt, ist formalistisch und haltlos. Am wenigsten wahr ist, daß es praktisch mißlich sei, im Falle des Gelingens das Werk als solches, im Falle des Mißlingens die geleistete Arbeit nach § 612 BGB. zu entlohnen. Das Gesagte folgt auch in gewissem Sinne aus dem weiteren Textsatze, der ziemlich allgemein angenommen ist.

1. Weil das Werk gegen Vergütung zu leisten ist, liegt auch hier ein gegenseitiger Vertrag vor, dessen Grundsätze[5]) im Allgemeinen Anwendung finden[6]). Doch bedarf die Natur der freien Arbeitsleistung auch in diesem Fall besonderer Berücksichtigung[7]).

2. Da es sich beim Werkvertrage nur um die Herstellung des Arbeitsproduktes handelt, so erzeugt dieser Vertrag nicht die persönliche Verbindung zwischen dem Arbeiter und Besteller, welche dem Dienstvertrage eigenthümlich ist[8]). Daher besteht auch keine Vermuthung, daß der Unternehmer das Werk eigenhändig herzustellen habe. Umgekehrt kann der Besteller seinen Anspruch auf das Werk abtreten[9]). In dieser Hinsicht hängt Alles vom Inhalt des einzelnen Vertrages ab. Aus diesem ergibt sich meist schon nach Verkehrsgrundsätzen[10]) die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Abtretung oder Weitergabe des Werks an einen dritten Unternehmer (Entreprise). Ist die Weitergabe erlaubt, so haftet der Unternehmer für den Substituten wie ein Beauftragter, der die Ausführung des Auftrags befugterweise einem Dritten überlassen hat[11]). Arg. § 664 (s. auch

---

5) S. o. §§ 168 ff.

6) Ueber den Modus des Austauschs s. §§ 641, 646 BGB. und unten § 266, 268.

7) Ueber die gerechtfertigte Ablösung des Vertrags vom röm. Gesichtspunkt der Miethe (locatio-conductio operis) s. o. § 252 Note 3.

8) S. o. § 257 Ziff. 2.

9) Daher nimmt auch § 675 BGB., der von den Werkverträgen spricht, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, auf den § 664 BGB. nicht Bezug. S. auch schon l. 25 § 7, l. 48 pr. Dig. locati 19, 2.

10) Im Uebrigen hat die gehörige Auslegung des Vertrages zu entscheiden. — Z. B. ein Theaterbillet ist übertragbar. Zuweilen ist die Uebertragung (wie bei Eisenbahnrückfahrkarten) ausgeschlossen. — Die persönliche Ausführung des Werks ist ausgeschlossen, wenn sie für den Unternehmer einen Orts- oder Betriebswechsel bedingen würde, der von ihm nicht erwartet werden kann. Die persönliche Ausführung ist regelmäßig auch beim Quotalwerkvertrag (s. u. Ziff. 5) gewollt. S. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 292.

11) S. o. § 253 I Ziff. 2 insbesondere lit. a. Geht schon bei Verträgen, die spezifisch Vertrauenssache sind, im gegebenen Falle die Haftung des Substituirenden nicht weiter, so kann sie erst recht nicht weiter gehen, wo wie hier regelmäßig dieses Vertrauensmoment fehlt und die Befugniß zur Substitution vorliegt. Es kann sich nur darum handeln wie letztere gemeint ist (s. das Folgende). Als Ausgangspunkt ist aber unser Textsatz nicht zu bestreiten. Siehe Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 294 ff. u. Dernburg § 319 Note 1. Was Riezler S. 108 ff. dagegen vorbringt, ist unstichhaltig. Weshalb § 675 BGB. den § 664 nicht bezieht, ist oben (Note 9) hervorgehoben. Auch braucht der Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung gar nicht zu enthalten. Soll etwa der zu einer dringenden Operation bestellte Arzt, wenn er erkrankt und seinen besten Kollegen als Substituten schickt, für dessen Kunstfehler haften? Und für den Fall einer Geschäftsbesorgung s. noch § 665 BGB. (Crome a. a. O. S. 296 ff.). — Vollends verfehlt ist es, den § 278 BGB. hierherzuziehen. Ein Anderes ist Gehülfschaft, ein Anderes ist Substitution.

§ 691 BGB.). Er hat also nur ein ihm bei der Uebertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten. Natürlich kann der Sinn des Vertrages auch sein, daß der erste Unternehmer für die Ausführung des ganzen Werkes einstehen soll (wie dies z. B. § 432 HGB. aus Zweckmäßigkeitsgründen[12]) für den Handelsfrachtvertrag bestimmt). Aber dazu bedarf es eines Anhaltspunktes im Vertrage oder besonderer gesetzlicher Bestimmung. Auch insoweit dem Unternehmer eine absolute Haftung für Mängel des Werkes obliegt[13]), tritt diese ein, wenn auch der Mangel durch einen Substituten des Werkmeisters verursacht ist[14]). — Gehülfen darf der Unternehmer regelmäßig zuziehen und ist für sie nach § 278 BGB. verantwortlich[15]).

3. Aus dem Werkvertrag folgt nach dem Gesagten keinerlei persönliche Unterordnung des Unternehmers unter den Besteller[16]). Von sozialen Schutzmaßregeln des Unternehmers ist daher keine Rede[17]).

4. Die Ausdehnung des Werkvertrages im modernen Leben ist eine ungeheure[18]). Sein Gegenstand können Arbeitsprodukte jeder Art sein. § 631 Abs. 2 BGB. nennt als äußerste Grenze jeden „durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg“[19]). Wichtig ist vor Allem die Herstellung oder Veränderung von Sachen[20]). Dem

12) Gemäß Art. 27 des Berner Uebereinkommens soll jeder Frachtführer selbständig für die Ausführung des ganzen Transportes verantwortlich sein. Dem Verfrachter ist der Beweis nicht zuzumuthen, auf welcher Strecke sich der Schaden ereignet hat. Es ist verfehlt (Riezler S. 109 ff.), aus der verschärften handelsrechtlichen Haftung einen allgemeinen Satz für das bürgerliche Recht abzuleiten.

13) Soweit er absolut haftet! Also z. B. nach § 634 BGB. auf Preisminderung, nicht auf Schadensersatz. Vgl. § 635.

14) Ueber die Frage, inwieweit der erlaubterweise angenommene Substitut dem Besteller haftet, s. Crome a. a. O. S. 298 ff.

15) S. o. § 157 Ziff. II.

16) Wie eine solche nach § 257 Ziff. 3 beim Dienstvertrag (wenn auch nicht immer) vorhanden ist.

17) S. auch Riezler S. 39. Dagegen haftet der Besteller nach allgemeinen Grundsätzen für erwiesenes Verschulden. S. auch Dernburg § 322 Note 5.

18) Darin ist er das vollständige Ebenbild des Dienstvertrages. S. o. § 257 Ziff. 4.

19) Selbstverständlich nur soweit er im Bereiche rechtlich geschützter Interessensphären liegt. S. o. § 141.

20) Man hält für nöthig hervorzuheben, daß der Unternehmer nicht nach § 950 BGB. (durch Spezifikation) das Eigenthum an dem ihm zur Verarbeitung übergebenen Stoffe erlange. Riezler S. 27 ff. Cosack § 205 I Ziff. 5 hält dies sogar für „äußerst zweifelhaft“. Der Zweifel besteht nicht, weil mit dem Abschlusse des Werkvertrages ein bestimmter Wille der Parteien dem Eigenthumserwerb entgegensteht. Wie kann man denn die lediglich objektive Bedeutung der betreffenden Sachenrechtsvorschriften verkennen? S. zum Ueberfluß auch § 644 BGB., wo die Gefahr des Stoffes, also

reiht sich die Herstellung oder Veränderung unkörperlicher Gegenstände: immaterieller Güter, geistiger Schöpfungen der Wissenschaft und Kunst ebenbürtig an[21]). Alles dies läßt sich unter dem Begriff der „Verfertigung" zusammenfassen. Daneben tritt dann die Gruppe der „Beförderungsverträge", bei denen es auf eine Ortsveränderung des Gutes ankommt, das in seiner Beschaffenheit unverändert bleibt. Aber außer diesen Hauptgruppen gibt es unzählige andere Werke, z. B. An- und Verkauf von Sachen, Vornahme von Rechts- und thatsächlichen Handlungen für Andere: von der Operation des Arztes und der Prozeßführung durch den Rechtsanwalt[22]) bis zur Veranstaltung einer mimischen Darstellung[23]), der Entdeckung eines Verbrechens[24]), der Ertheilung einer Auskunft[25]). Die höhere oder niedere Art der Thätigkeit, die zur Herstellung des Werks gehört, macht keinen Unterschied.

Zahlreiche Werkverträge sind durch die Spezialgesetzgebung geregelt[26]) und fallen daher für die nachfolgende Darstellung aus. Unsere allgemeinen Vorschriften kommen für sie nur modifizirt — soweit nicht ein Anderes bestimmt ist — zur Anwendung. Hierhin gehört z. B. der Vertrag der Partei mit ihrem Rechtsanwalt[27]), Notar[28]) oder Gerichtsvollzieher[29]); die gewerbsmäßige[30]) Uebernahme von Waarenkäufen und Verkäufen in eigenem Namen und für fremde

---

das periculum rei (s. o. § 168 Note 13), das sich bekanntlich aus dem Satze: casum sentit dominus erklärt, bei dem Besteller verbleibt. (Auch § 647 BGB. setzt das fortdauernde Eigenthum des Bestellers voraus.) Es ist also nicht einmal wahr, daß das Gesetz schweigt. Freilich mit einfacher Wortauslegung läßt es sich nicht deuten.

21) Bloße Veränderung wäre z. B. die Neuausgabe eines fremden Buches in verbesserter Auflage, die Restauration eines Gemäldes, die Ergänzung einer Statue ꝛc.

22) Wobei es sich selbstverständlich nicht immer nothwendig um einen Werkvertrag handelt. S. o. vor Ziff. 1.

23) Opet, Theaterrecht S. 218 ff.

24) Man denke an die modernen Detektivinstitute.

25) Der sog. Auskunftsbureaus. — Auch die Abgrenzung des Vertrages von der Sachmiethe kann unter Umständen Zweifel hervorrufen. Z. B. bei Entnahme eines ganzen Schiffes oder Eisenbahnwaggons zur Beförderung. S. dazu Riezler S. 47 ff., 87 ff.; Entsch. d. RG. Bd. 25 S. 108 (auch Bd. 13 S. 209). — Wegen des Bühnenengagementsvertrags s. noch oben § 257 Note 21.

26) Insbesondere des Handelsrechts und des öffentlichen Rechts (des Staatsrechts, Prozeßrechts u. dgl.). Vgl. entsprechend beim Dienstvertrage oben § 257 Ziff. 4. Keiner dieser Sonderfälle des Werkvertrages gehört hierher.

27) Vgl. deutsche Rechtsanwaltsordnung v. 1. Juli 1878 und Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 7. Juli 1879 bezw. 20. Mai 1898.

28) S. die Gesetze über das Notariatswesen der einzelnen Bundesstaaten.

29) S. § 155 GVG. und Ausführungsbestimmungen. Riezler S. 85 ff.

30) Die gelegentliche Uebernahme durch Private gehört unter die allgemeinen Vorschriften.

Rechnung (das sog. Kommissionsgeschäft) und die gleichgestellten Geschäfte von Kommissionären und von Kaufleuten, die nicht Kommissionär sind, im Betriebe ihres Handelsgewerbes (§§ 383 ff., 406 HGB.)[31]). Ebenso das Handelsfrachtgeschäft[32]), also die gewerbsmäßige[33]) Uebernahme der Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern (§§ 425 ff. HGB. u. RG. betr. die Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895), und die Spedition, also die gewerbsmäßige[34]) Uebernahme der Besorgung von Güterversendungen durch Frachtführer oder Verfrachter von Seeschiffen für fremde Rechnung (§§ 407 ff. HGB.). Frachtgeschäfte, aber zum Theil mit öffentlichrechtlichen Elementen durchsetzt, sind auch die Beförderung mit den dem öffentlichen Güterverkehr dienenden Eisenbahnen (Staatsbahnen 2c.), auf welche die Bestimmungen des Handelsrechts (§§ 453—473 bezw. 425 ff. HGB.) und der allgemeinen Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands[35]) Anwendung finden[36]), und die Beförderung von Gütern mit der Post, für welche in erster Linie die Bestimmungen des öffentlichen Postwesens[37]) maßgebend sind[38]). Hieran reiht sich als verwandt die Telegrammbeförderung nach Maßgabe der Telegraphenordnung[39]) und schließlich die Beförderung von Personen. Letztere unterliegt der verschiedensten Beurtheilung. Als Beförderung zur See hat sie den Charakter eines Handelsfrachtgeschäfts (§§ 664 ff. HGB.).

---

31) Im Fall der Uebernahme gegen eine sog. Gewinnprovision 2c. siehe Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 438 ff.

32) Aus der civilistischen Litteratur vgl. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 477 ff. — Wegen öffentlicher Fähren s. Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 90.

33) Die gelegentliche Uebernahme eines Transports untersteht den allgemeinen Vorschriften des Werkvertrags.

34) Im Fall der Nichtgewerbsmäßigkeit liegt auch hier ein gewöhnlicher Werkvertrag vor.

35) V. 15. Nov. 1892 bezw. 26. Okt. 1899. Ursprünlich lex contractus (vgl. Mandry-Geib, Civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze S. 488), ist sie jetzt in §§ 454, 472 HGB. als objektives Recht in Bezug genommen. S. auch Riezler S. 82 ff., Dernburg § 334 Ziff. I.

36) Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über den Werkvertrag gelten hier subsidiär. S. z. B. Entsch. d. RG. Bd. 4 S. 192.

37) Reichsgesetz über das Postwesen 2c. v. 28. Okt. 1871 und Postordnung v. 11. Juni 1892.

38) Nicht die Regeln des Handelsfrachtgeschäfts. § 452 HGB. Subsidiär gelten die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. S. dazu Mandry-Geib, Civilrechtl. Inhalt d. Reichsgesetze § 47 Ziff. II. Hellwig a. a. O. S. 518 ff. Ein Privatrechtsverhältniß bestreitet Zorn, Staatsrecht Bd. 2 S. 274 ff. Darauf ist hier nicht einzugehen.

39) Die aber der richtigen Ansicht nach wohl nur als lex contractus für die Parteien anzusehen ist, während im Uebrigen ein Werkvertrag vorliegt. Riezler S. 83. — Wegen der Postanweisung s. u. § 271 Note 2.

Zu Lande hat sie den gleichen Charakter, wenn sie gewerbsmäßig betrieben wird[40]), nämlich von den zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten[41]) (§ 1 Ziff. 5 HGB.). Eine besondere öffentlichrechtliche Seite hat auch hier wieder die Beförderung mit der Eisenbahn. Vgl. § 472 HGB. und die Eisenbahnverkehrsordnung[42]).

Als Gegenstand des allgemeinen bürgerlichen Vertrags unterscheiden wir nur geschäftliche und nichtgeschäftliche Werkherstellungen[43]). Für die Geschäftsbesorgungen[44]), welche in einem Werkvertrage übernommen sind, gelten neben den Vorschriften der §§ 631 ff. BGB. noch die besonderen Vorschriften über Geschäftsbesorgungen[45]). § 675 BGB.

5. Wesentlich ist eine für das Werk bedungene Vergütung. Diese kann in Gegenleistungen aller Art[46]), nicht blos in Geld bestehen. Auch in einem Antheil am Arbeitsprodukte selbst oder dessen Erträgnissen[47]). — Ist über die Vergütung keine Bestimmung getroffen, so kann, wenn die Herstellung des Werks den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten war, die übliche, eventuell taxmäßige Vergütung verlangt werden[48]). §§ 631, 632 BGB.

6. Zum Abschluß des Werkvertrages ist die Beobachtung einer besonderen Form nicht erforderlich[49]). Auch steht der Abschluß regelmäßig im freien Belieben der Parteien. Nur wenn der Vertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, zu welcher der Unternehmer öffentlich bestellt ist, oder sich öffentlich oder privatim dem Besteller erboten hat, besteht die unverzügliche Mittheilungspflicht des § 663 BGB. bei Vermeidung von Schadensersatz, wie beim Dienstvertrage. Vgl. § 675 BGB. u. § 30 RAO.[50]).

40) Nicht gewerbsmäßig unternommen untersteht sie den gewöhnlichen Regeln des Werkvertrags.

41) Z. B. Dampfschiffahrtsgesellschaften. Wegen der Eisenbahnen s. gleich unten.

42) S. o. Note 35.

43) Die Herbeiführung geschäftlicher und nichtgeschäftlicher Erfolge.

44) S. o. § 252 Ziff. I.

45) § 252 Ziff. III—V.

46) S. o. § 257 Ziff. 5.

47) S. darüber Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 261 ff. bes. 332 ff.; Dernburg § 317 Ziff. IV; Riezler S. 38.

48) Vgl. die auch hier zutreffenden Bemerkungen beim Dienstvertrage oben § 257 Note 36 ff. Riezler S. 39 ff.

49) S. Riezler S. 98 ff. und über schriftliche Abfassung S. 100 ff.

50) S. o. § 257 Ziff. 6. Riezler S. 92. — Im Falle des § 362 HGB. gilt beim Schweigen des Unternehmers in solchem Fall der Antrag als angenommen.

§ 265.

b) Pflichten des Unternehmers.

1. Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet. § 631 Abs. 1. Was dazu gehört, richtet sich nach dem Inhalt des Vertrages im Einzelfalle[1]). Es ist herzustellen, was bestellt ist[2]). Dabei ist Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beachten[3]). Danach richtet sich z. B. ob der Unternehmer die nothwendigen Arbeitsgeräthschaften selbst zu stellen hat[4]), — ob eine besondere Geschicklichkeit für die übernommene Arbeit vorauszusetzen ist[5]), in welchem Fall der Unternehmer für Ungeschick wie für Verschulden haftet[6]).

Handelt es sich um eine Geschäftsbesorgung, so hat der Unternehmer auch noch die Pflichten der §§ 665—668 BGB., soweit sie nach der Sachlage praktisch werden[7]). § 675.

2. Regelmäßig — insbesondere bei bedungener Herstellung oder Veränderung von Sachen — liefert der Besteller den Stoff zur Arbeit[8]). Liefert der Unternehmer auch den Stoff, so liegt ein Werkvertrag im eigentlichen Sinne nicht vor[9]). Doch ist entscheidend nur die Lieferung des Hauptstoffs. Verpflichtet sich der Unternehmer zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen[10]) zu dem

---

1) Z. B. hinsichtlich der Frage nach der persönlichen Ausführung oder Zulässigkeit einer Substitution (s. o. § 264 Ziff. 2). Ebenso hinsichtlich des Zeitpunkts der Vollendung (ob der allgemeine Gesichtspunkt der §§ 156, 161 ff. oben maßgebend, oder die verspätete Vollendung gar nicht mehr als Erfüllung anzusehen ist).

2) S. über die möglichen Arten der bestellten „Werke" oben § 264 Ziff. 4. Das Detail ergibt sich aus richtiger Vertragsauslegung.

3) Vgl. § 157 BGB.

4) Vgl. das oben § 258 Note 9 Gesagte.

5) Dies wird bis zu gewissem Grad hier regelmäßig der Fall sein. Die Anforderungen an Geschicklichkeit können sich aber gerade hier ganz außerordentlich steigern. Z. B. haftet der Baumeister nicht blos für bauliche Konstruktionsfehler, sondern selbst für die Bodenverhältnisse, soweit ihm die Untersuchung derselben möglich war. Unverständigen Anforderungen des Bestellers hat er das eigene sachverständige Ermessen entgegenzusetzen. Arg. § 645 BGB. S. o. § 258 Note 5.

6) S. schon l. 9 § 5 Dig. locati 19, 2.

7) S. o. § 258 Ziff. I u. Cit.

8) Entweder in den Besitz des Unternehmers (z. B. den Stoff zu einem Kleide) oder nicht. Z. B. auf dem Grundstück des Bestellers soll ein Bau errichtet werden. Hier ist die Besitzübergabe des Bauplatzes an den Unternehmer nicht nothwendig.

9) Von diesem Falle s. u. § 270.

10) Es entscheidet der Begriff der Nebensachen, s. o. Bd. I § 61. Danach ist Nebensache der (vielleicht sehr werthvolle) Pelzbesatz eines Rockes, selbstver-

vom Besteller gelieferten Hauptstoff[11]) oder zu einem im Uebrigen immateriellen Werke[12]), so thut dies der Anwendung der gewöhnlichen Regeln des Werkvertrags keinen Abbruch. § 651 Abs. 2. Nur muß der Unternehmer nach dem regelmäßigen Inhalt des Vertrages diese Zuthaten in das Eigenthum des Bestellers bringen[13]), was aber vielfach hier schon durch die Verarbeitung mit dem Hauptstoff bewirkt wird[14]). Wäre dies nicht der Fall, so haftet der Unternehmer für Mängel im Rechte wie für sonstige Mängel seiner Arbeit[15]).

3. Mangels besonderer Bestimmungen hat der Unternehmer, soweit die Arbeit nicht ihrer Natur nach besondere Vorbereitungen[16]) erforderlich macht, das Werk ohne Zeitverlust zu beginnen, fortzusetzen und zu vollenden. Ist eine bestimmte Zeit der Ablieferung vorgesehen, so hat er sich so einzurichten, daß das Werk nach dem gewöhnlichen Verlauf zu diesem Termine fertig werden kann. Verstößt der Unternehmer gegen diese Verpflichtung, so kann der Besteller seine diesbezüglichen Ansprüche schon vor der Zeit der Vollendung geltend machen[17]).

4. Ist das Werk zu der für seine Vollendung festgesetzten Zeit nicht hergestellt, so hat dies zunächst die gewöhnlichen Folgen der gegenseitigen Verträge[18]). Also je nach der (zu vertretenden

---

ständlich auch Futter und Knöpfe. Uebernimmt Jemand einen Bau auf fremdem Grund und Boden, so ist dieser die Hauptsache, auch wenn der Unternehmer das ganze Baumaterial herbeischafft. S. schon l. 22 § 2 Dig. locati 19, 2. Entsch. d. RG. Bd. 13 S. 209.

11) Hat umgekehrt der Besteller nur die Zuthaten zu dem vom Unternehmer gelieferten Hauptstoff zu beschaffen, so beeinträchtigt dies die Anwendung der Regeln des § 270 unten nicht.

12) Z. B. der Arzt liefert zugleich die Medizin, der Zahnarzt die Plomben, der Unternehmer einer Beförderung die Kisten und das nöthige Packmaterial, der Maler die Farben u. s. w.

13) S. auch arg. § 651 Abs. 1 Satz 1 BGB.

14) Wenn die Nebensache durch die Arbeit zum wesentlichen Bestandtheil gemacht ist. S. §§ 93 ff., 946 ff. BGB. S. auch oben Bd. I § 59 bes. Ziff. 2.

15) Also nach Ziff. 5 unten. Er haftet nicht wie ein Verkäufer. Der Unternehmer soll, wenn die Zuthaten entwährt werden, in erster Linie neue beschaffen. S. §§ 633 ff. BGB.

16) Und eventuell auch Unterbrechungen (Pausen) ꝛc.

17) Mag dies als Klage auf eine betagte Leistung angesehen werden (§ 259 CPO.) oder nicht (der Schuldner erfüllt schon jetzt nicht seine aktuellen Vertragspflichten). Auch den Römern war diese Klage bekannt. S. l. 72 § 2 Dig. de V. O. 45, 1. Mit Recht vertheidigt sie auch Dernburg § 319 Ziff. V. — Ebenso hat der Besteller die Rechte aus § 636 BGB. Es spricht ein dringendes Bedürfniß dafür, dem Besteller zu gestatten, schon jetzt vom Vertrage zurückzutreten, um sich das Werk ohne Zeitverlust anderweit beschaffen zu können. Die Zulässigkeit ergibt sich aus den in § 636 bezogenen Worten des § 634 Abs. 1 Satz 2: „Zeigt sich schon vor der Ablieferung des Werkes ein Mangel, so kann der Besteller die Frist (für seinen Rücktritt) sofort bestimmen" ꝛc. Die Verspätung wird (s. u. Ziff. 4) als Mangel behandelt.

18) S. o. §§ 168 ff.

oder nicht zu vertretenden) Unmöglichkeit der Leistung[19]) oder des Verzuges[20]).

Aber diese Regeln reichen nicht aus. Dem Besteller ist nicht zuzumuthen, bei fortdauernder Möglichkeit der Herstellung des Werkes den Verzug des Unternehmers abzuwarten. Vielmehr muß er unter Umständen auch bei unverschuldeter Verzögerung[21]) vom Vertrage abgehen können. Dies geschieht hier unter dem Gesichtspunkt eines „Mangels des Werkes", der in der Verspätung liegt[22]). Da der Unternehmer unter Umständen auch wegen sonstiger Mängel auf Gewährleistung haftet[23]), ist es nicht zu hart, dem Besteller auch wegen der Verspätung ein Rücktrittsrecht von dem Vertrage (an Stelle der Wandelung) zu geben. § 636 BGB. Demgemäß hat der Besteller bei Verspätung des Werkes über die bedungene Ablieferungszeit hinaus das Recht, dem Unternehmer eine angemessene Nachfrist für die Vollendung des Werks zu setzen[24]) mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist das Werk ablehne, und nach fruchtlosem Ablauf der Frist von dem Vertrage zurückzutreten[25]). Der schuldlose Unternehmer hat solchenfalls nur seine Bereicherung herauszugeben[26]).

Der Bestimmung einer Nachfrist bedarf es nicht, wenn der sofortige Rücktritt vom Vertrage durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird[27]). Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn die Verspätung den Besteller nur unerheblich benachtheiligt[28]).

Ist die Frage der Verspätung streitig[29]), so hat der Unternehmer die rechtzeitige Herstellung zu beweisen[30]).

---

19) Z. B. wenn die verspätete Herstellung gar nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden kann. S. o. Note 1. Vgl. auch § 361 BGB.

20) Hier sind insbesondere die §§ 286 ff., 326 BGB. anwendbar. S. auch § 636 Abs. 1 i. f. BGB.

21) Selbst wenn sie auf höherer Gewalt (z. B. einem allgemeinen Streik) beruht.

22) Im Gegensatz zum Dienstvertrag, wo aus dem Gesichtspunkt eines „wichtigen Grundes" gekündigt werden kann. S. o. § 259 Ziff. II.

23) S. u. Ziff. 5.

24) S. dazu die Ausführungen oben § 151 Note 8 ff.

25) S. o. § 181 Note 5. Es besteht nicht ein Anspruch wie bei der Wandelung (vgl. o. § 222). Die o. § 220 bei Note 39 erwähnten Schwierigkeiten sind bei bloßer Verspätung nicht vorhanden. — Ein Minderungsrecht der Vergütung unter Fortdauer des Rechts auf die verspätete Leistung besteht nicht.

26) Arg. § 327 BGB. Anders wenn er den Grund des Rücktritts zu vertreten hat. Vgl. §§ 346 ff. BGB.

27) Z. B. das Werk ist zu einer bestimmten Gelegenheit bestellt, die inzwischen verstrichen ist (z. B. eine Dekoration zu einer Hochzeit).

28) Arg. § 634 Abs. 2 u. 3 BGB.

29) In dem Sinne, daß der Unternehmer die Zulässigkeit des Rücktritts

5. Im Uebrigen haftet der Unternehmer für die vertragsmäßige Herstellung des Werks ähnlich wie ein Verkäufer. D. h. er haftet für Mängel des Werks[31]), die sich nach dessen Vollendung zeigen; und zwar nicht blos für eigentliche Fehler: die den Werth oder die Tauglichkeit des Werks zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern[32]), sondern auch für den Mangel zugesicherter Eigenschaften[33]). § 633 Abs. 1. Gerade die letzteren spielen hier eine besondere Rolle. Die Fehlerfreiheit des Werks ist überhaupt nur relativ zu verstehen; denn die Herstellung erfolgt für die konkreten Bedürfnisse des Bestellers[34]) und nach seinen Anweisungen[35]). Daher kommen auch unerhebliche Mängel in Betracht[36]).

a) Auch hier geht die Gewährleistungspflicht über das Einstehen für Verschulden hinaus. Sie erstreckt sich auch auf heimliche Mängel des Werks. Aber die Haftung geht dann weniger weit, als wenn der Mangel auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstande beruht. Letzterenfalls geht sie auf vollen Schadensersatz[37]). § 635. Im Uebrigen beschränkt sich die Haftung des Unternehmers auf den Rahmen der sog. ädiliciſchen Ansprüche (Wandelung und Preisminderung), vor die aber hier, der Sachlage nach, ein weiteres und viel wichtige-

bestreitet. Die Vorschrift gilt nicht für die Geltendmachung sonstiger Verzugswirkungen.

30) § 636 Abs. 2. Entsprechend der Regel des § 282 BGB.

31) Des Werks, nicht blos der herzustellenden oder zu verändernden Sache (wie beim Kaufe). S. o. §§ 220 ff. Auch immaterielle Werke können Mängel haben, z. B. ein schlechtes Kunstwerk, eine ertheilte mangelhafte Auskunft! S. dazu Riezler S. 122.

32) Diese Begriffe sind entsprechend dem oben § 221 Ziff. 1a Gesagten zu bestimmen.

33) S. daselbst Ziff. 1b. — Ein kritischer Zeitpunkt steht hier nicht in Frage.

34) S. dazu oben Ziff. 1.

35) Daher sind aus der Natur der Mängel (ob zugesichert oder nicht) hier auch keine verschiedenen Rechtsfolgen abzuleiten.

36) Nur hat wegen dieser der Besteller nicht das Recht der Wandelung. § 634 Abs. 3 BGB. Die Befugniß, wegen geringer Mängel ganz vom Vertrage abzugehen, wäre zu hart. — Dagegen kann auch wegen dieser die Abnahme des Werks verweigert werden. § 640 Abs. 1 BGB. Hier treten nur unter Umständen die allgemeinen Regeln über Treu und Glauben, Chikane ꝛc. beschränkend ein. Vgl. o. § 169.

37) Schadensersatz wegen Nichterfüllung (s. o. § 220 bes. Ziff. 5). Dieser findet beim Kaufe wegen arglistigen Verschweigens und beim Mangel zugesicherter Eigenschaften statt. Die Zusicherung kann hier nicht besonders auszeichnet werden (s. Note 35); anderseits muß der Schadensersatz für jeden zu vertretenden Mangel verfallen, sofern keine Ausbesserung des Werks (folg. Note) stattfindet. Denn der Vertrag geht auf fehlerlose Herstellung. — Der Fall der Gattungskäufe hat hier überhaupt keine Analogie. S. u. § 270.

res Recht des Bestellers tritt: nämlich das Recht, die Beseitigung des Mangels zu verlangen[38]). §§ 633 Abs. 2 ff., 634 BGB.

b) Alle diese Ansprüche fallen weg, wenn der Besteller das mangelhafte Werk vorbehaltslos in Kenntniß des Mangels annimmt[39]). Nur der Anspruch auf Schadensersatz wegen eines vom Unternehmer zu vertretenden Umstands wird dadurch nicht unbedingt ausgeschlossen[40]). § 640 Abs. 2.

c) Hinsichtlich der einzelnen Gewährleistungsansprüche ist im Allgemeinen auf das früher Gesagte zu verweisen[41]). Hier bedarf nur

α. der Anspruch auf Beseitigung des Mangels einer Erörterung[42]). Die Beseitigung hat auf Kosten des Unternehmers zu geschehen. Doch darf letzterer die Ausbesserung des Werkes verweigern[43]), wenn sie einen unverhältnißmäßigen Kostenaufwand erfordert[44]).

Kommt anderseits der Unternehmer, wo er die Beseitigung des Mangels nicht verweigern darf, mit der Beseitigung in Verzug[45]), so darf der Besteller sie auch selbst vornehmen[46]) und vom Unternehmer Ersatz der dazu erforderlichen Aufwendungen verlangen[47]). § 633 Abs. 2 u. 3.

---

38) Wer das Werk überhaupt herstellte, kann es in den meisten Fällen auch verbessern. — Sonach hat hier der Besteller wahlweise folgende Rechte: 1. auf Beseitigung des Mangels; 2. auf Wandelung; 3. auf Minderung des Werklohns und 4. wenn der Mangel vom Unternehmer zu vertreten ist, auf vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung. S. dazu noch unten Note 48 ff.

39) Entsprechend der Regel beim Kaufe, s. o. § 220 Ziff 6 b. Es ist auf die dortigen Ausführungen zu verweisen.

40) Die Abweichung von § 464 BGB. beruht auf dem oben Note 37 Gesagten. — Daß die vorbehaltslose Annahme in Kenntniß des Mangels nach Treu und Glauben stets die hier vorliegende Kontraktwidrigkeit des Unternehmers decke (Dernburg § 320 Ziff. VI) kann nicht behauptet werden. Es kommt auf die Umstände an. Die „Monographien" schweigen!

41) S. o. § 222 Ziff. I u. II. — Ueber das Recht der Weigerung der Abnahme des Werks s. o. Note 36.

42) Riezler S. 112.

43) Dies ist Einrede gegen den Ausbesserungsanspruch.

44) Im Verhältniß zum Werth oder der Bedeutung des ganzen Werks. Z. B. wegen geringer Mängel in der unteren Etage müßte der ganze Neubau niedergerissen werden!

45) Also wenn er gemahnt und der Grund der Säumniß von ihm zu vertreten ist. S. o. § 161. Aus dem Verzug folgt auch eine allgemeine Schadensersatzpflicht des Unternehmers.

46) Ohne besondere Androhung, also unter Umständen ohne Wissen des Unternehmers. — Uebergiebt der Besteller, wie wohl regelmäßig, die Ausbesserung einem anderen Unternehmer, so haftet er nur für Verschulden bei dessen Auswahl und Instruktion (culpa in eligendo u. custodiendo). S. auch Dernburg § 320 zu Note 4. — Hat der Besteller ohne Inverzugsetzung des Unternehmers den Mangel beseitigt, so kann er seine Aufwendungen nur nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zurückverlangen.

Hinsichtlich des Uebergangs vom Ausbesserungsrecht zu den anderen Gewährleistungsansprüchen gilt Folgendes[48]). Der Besteller kann dem Unternehmer zugleich mit dem Verlangen auf Beseitigung des Mangels[49]) eine angemessene Frist bestimmen, mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist die Ausbesserung ablehne[50]). Nach fruchtlosem Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ausgeschlossen[51]). Der Besteller hat nur nach seiner Wahl den Anspruch auf Wandelung oder Minderung: bei unerheblichen Mängeln lediglich auf Minderung[52]). § 634 Abs. 1 u. 3. Ohne Fristsetzung kann die Ausbesserung abgelehnt werden, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich[53]), — wenn sie vom Unternehmer verweigert ist[54]), — oder wenn die sofortige Geltendmachung des Wandelungs- oder Minderungsanspruchs durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird[55]). § 634 Abs. 2.

β. Für den Wandelungs- oder Minderungsanspruch und das Verhältniß beider zu einander[56]) kommen die beim Kauf entwickelten Grundsätze zur Anwendung[57]). Vgl. § 634 Abs. 4 BGB. Nur dürfte die Berechnung des Minderpreises hier nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern auf den Zeitpunkt der Vollendung der Unternehmerthätigkeit abzustellen sein[58]). Und selbstverständlich sind bei

47) Wie bei der Miethe (§ 538 Abs. 2 BGB.). S. o. § 235 Note 28 ff.

48) Die verschiedenen Gewährleistungsansprüche stehen nicht sofort wahlweise nebeneinander, sondern der Ausbesserungsanspruch ist der primäre.

49) Oder auch später. — Falls der Mangel vor der Ablieferung des Werkes zu Tage tritt, kann der Besteller die Frist zur Beseitigung des Mangels sofort stellen, sobald sich der Mangel zeigt. Er darf sie aber dann nicht kürzer bestimmen als die Vollendungsfrist selbst beträgt. § 634 Abs. 1 Satz 2.

50) S. dazu oben § 151 Note 8 ff.

51) D. h. auch der Besteller kann nunmehr die Ausbesserung nicht weiter verlangen. Die Fristsetzung und Erklärung (Bd. I § 88) wirkt zweischneidig, wie gewöhnlich in diesen Fällen.

52) S. o. Note 36.

53) Objektiv unmöglich! Persönliches Unvermögen (z. B. Ungeschick) des Unternehmers genügt nicht.

54) Berechtigt oder unberechtigt. Auch die nach Note 43 gerechtfertigte Weigerung gibt dem Besteller z. B. das Recht auf Preisminderung. — Die Weigerung ist hier nicht als Einrede zu denken (schon weil sie ungerechtfertigt sein kann), sondern als Erklärung gegenüber dem Besteller.

55) In der bekannten Weise (s. z. B. oben § 171 Ziff. 4). Auch hier ist der Hauptfall wohl, wenn in Folge der nachträglichen Ausbesserung das Werk zu spät käme.

56) S. dazu noch Riezler S. 117 ff.

57) S. o. § 222 Ziff. I.

58) Auf den Zeitpunkt, da das Werk entweder wirklich abgeliefert oder mangels Abnahme zur Verfügung des Bestellers gestellt wurde; bei nicht abnahmefähigen Werken auf den Zeitpunkt der Vollendung (§ 646 BGB.).

der Wandelung dem Besteller die von ihm gelieferten, dem Unternehmer verbleibenden Zuthaten zu vergüten[59]).

γ. Für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn der Mangel des Werks auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstande beruht, kommen ebenfalls die entsprechenden Kaufvorschriften zur Anwendung[60]). § 635. Bei absoluter Garantieübernahme für die Tauglichkeit des Werks sind auch Zufälle zu vertreten[61]).

d) Für sämmtliche Mängelansprüche[62]) gilt eine kurze Verjährungsfrist, welche mit der Abnahme des Werkes[63]) zu laufen beginnt, bei nicht abnahmefähigen Werken[64]) mit deren Vollendung (§ 646). Anders nur, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschwieg[65]). Die abgekürzte Verjährungszeit beträgt 6 Monate; bei Arbeiten an einem Grundstück 1 Jahr, bei Bauwerken 5 Jahre. Vertragliche Verlängerung der Verjährung ist zulässig[66]). § 638. — Unterzieht sich der Unternehmer im Einverständniß des Bestellers einer Prüfung des Werks (behufs Feststellung des Mangels oder der Möglichkeit seiner Beseitigung), so wird die Verjährung bis zur Erledigung der Prüfung gehemmt[67]). § 639 Abs. 2. Im Uebrigen folgen Hemmung und Unter-

---

So möchte ich zwischen Oertmann § 634 Note 8 und Dernburg § 320 III Ziff. 1 vermitteln. A. M. Planck Note 6; Riezler S. 119 ohne Gründe. Wie soll man aber eine Sache oder gar ein immaterielles Werk auf einen Zeitpunkt schätzen, da es noch gar nicht existirte, mit Mängeln, die es noch gar nicht hatte! Die Umdeutung des Textes ergibt sich formal aus dem Gebot „entsprechender" Anwendung der Kaufvorschriften.

59) Arg. § 951 BGB. Vgl. o. Ziff. 2.

60) S. o. § 222 Ziff. II. Ist streitig, ob der Mangel auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstande beruht, s. u. Note 73.

61) Nach allgemeinen Grundsätzen. Selbstverständlich auch jedes Verschulden. § 276 BGB. — Schadensberechnung nach § 151 oben (vgl. z. B. Entsch. d. RG. Bd. 18 S. 339 ff.).

62) Also auch für den Ausbesserungsanspruch. Im Uebrigen entspricht alles hier Gesagte den in § 223 entwickelten Kaufvorschriften. An Stelle des Käufers steht hier der Besteller, an Stelle des Verkäufers der Unternehmer.

63) Darunter ist hier die einfache Ablieferung (vgl. o. Note 58) zu verstehen. Durch unterbleibende Billigung des Werkes (s. u. § 266 Ziff. 1) kann die Verjährung keinesfalls aufgehalten werden. Die Vorschrift wäre sonst sinnlos. Wie könnte man dem Besteller die Billigung des mangelhaften Werkes zumuthen?! Zustimmend Dernburg § 320 Ziff. VII. Vgl. noch Note 65.

64) Wird die Abnahme vom Besteller verweigert, so kann die kurze Verjährung nicht beginnen. Vgl. dazu noch Oertmann § 638 Note 2a.

65) Vgl. o. § 223 Ziff. 1 am Ende. — Ein Garantieversprechen führt für sich allein keine Verlängerung der Frist herbei; der Fall gehört unter § 635 BGB. Ist aber eine Garantiefrist gesetzt, so kann die Verjährung erst mit Ablauf der Frist beginnen.

66) Gegen die Vorschrift des § 225 BGB. S. o. Bd. I § 114 Ziff. 3. Selbstverständlich bezieht sich dies nur auf die abgekürzte Verjährungsfrist (Verlängerung über den Ablauf der ordentlichen hinaus ist unzulässig). S. o. § 223 Note 10.

brechung der Verjährung den gewöhnlichen Grundsätzen[68]); wirken aber immer für alle Gewährleistungsansprüche zugleich. Auch folgt eine Unterbrechung (wie beim Kauf) schon aus dem Antrag des Bestellers auf gerichtliche Beweisaufnahme des Mangels[69]). Arg. §§ 477 Abs. 2 u. 3, 639 Abs. 1.

Nach Verjährung der Gewährleistungsansprüche hat der Besteller gegen den Anspruch des Unternehmers auf Zahlung des Werklohns immer noch die Gewährschaftseinrede[70]). Ebenso kann der Besteller seinen etwaigen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 635) noch immer gegen den Unternehmer zur Aufrechnung bringen[71]). Arg. §§ 478, 479, 639 Abs. 1 BGB.

e) Wegen des Beweises der Mängel gelten gleiche Grundsätze wie hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche beim Kauf[72]). Ist streitig, ob ein Mangel auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstande beruht, so trifft diesen die Beweislast[73]).

6. Die Gewährleistungspflicht des Unternehmers für Mängel des Werkes und Verspätung (Ziff. 4) kann vertragsmäßig über das vorbemerkte Maß hinaus verschärft und darunter herabgemildert werden. Doch ist eine Vereinbarung über Erlaß oder Beschränkung der Vertretungspflicht in Ansehung arglistig verschwiegener Mängel nichtig[74]). § 637.

§ 266.

c) Verpflichtungen des Bestellers.

Auch die Verpflichtungen des Bestellers aus dem Werkvertrage entsprechen in manchen Beziehungen denen des Käufers eines Gegenstandes[1]). Der Besteller hat nicht blos die bedungene Vergütung zu entrichten, sondern unter Umständen auch andere Pflichten.

---

67) Bis der Unternehmer dem Besteller das Ergebniß mittheilt, insbesondere den Mangel für beseitigt erklärt oder weitere Beseitigung verweigert.

68) S. o. Bd. I § 116.

69) Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß! Dauer der Unterbrechung bis zur Beendigung dieses Verfahrens. S. o. § 228 Ziff. 2b.

70) Unter denselben Voraussetzungen wie ein Käufer gegen den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises. S. o. § 228.

71) Unter denselben Voraussetzungen wie beim Kaufe. — S. über die beiden Rechte ausführlich oben § 228 Ziff. 3 u. 4.

72) S. o. § 220 Ziff. 7.

73) Hier reichen die Kaufregeln nicht aus (s. o. Note 37); es ist auf die allgemeinen Grundsätze (§ 282 BGB.) zurückzugehen. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 167 ff., Bd. 21 S. 205.

74) Vgl. die auch hier entsprechend zutreffenden Ausführungen § 220 Ziff. 8 oben.

1) Vgl. o. § 215.

1. Er hat nach vertragsmäßiger Herstellung (Vollendung) des Werks dasselbe abzunehmen[2]), es sei denn, daß nach der Natur des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist[3]). § 640 Abs. 1.

Die Abnahme ist also eine Pflicht des Bestellers, durch deren Versäumung er in Leistungsverzug gerathen kann. Diese Pflicht umfaßt

a) einmal effektive Wegnahme resp. Uebernahme des Gegenstandes, der durch das Werk geschaffen oder an dem dasselbe hergestellt wurde, durch den Besteller[4]);

b) sodann aber auch eine Billigung des Werkes (d. i. seiner vertragsmäßigen Herstellung), weil ohne eine solche regelmäßig die richtige Erfüllung des Vertrages gar nicht feststeht[5]). Dagegen kann der Unternehmer nicht Billigung allein ohne Uebernahme des Werkes (lit. a) verlangen, falls letztere nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen ist[6]). Sie ist dann vielfach für den Unternehmer nicht so wichtig[7]),

---

2) Vgl. o. § 215 Ziff. 4. Es gilt im Allgemeinen das dort Gesagte; nur bezieht sich die Abnahme (ähnlich wie in § 265 Ziff. 5 die Mängel) nicht blos auf angefertigte oder veränderte Sachen, sondern auch auf immaterielle Werke. Dies zeigt schon, daß die Abnahme hier nicht blos von einer körperlichen Wegnahme zu verstehen ist.

3) Davon gleich unten bei Note 6. — Durch die Abnahmepflicht unterscheidet sich der Werkvertrag erheblich vom Dienstvertrage, bei dem der Arbeitgeber nur Gläubiger der Dienstleistung und daher im Allgemeinen zur Ablehnung derselben berechtigt ist. Er braucht nur den Lohn zu zahlen. Aehnliches gilt beim Werkvertrage vor vertragsmäßiger Herstellung des Werks (s. § 649 BGB. u. unten § 269 zu Note 1). Das fertige Werk dagegen ist dem Unternehmer (aus ähnlichen Gründen wie die Kaufsache dem Verkäufer) abzunehmen. Er ist zum Verwahren und Selbstbehalten oft noch weniger als letzterer eingerichtet.

4) Insoweit entspricht die Verpflichtung derjenigen des Käufers. S. § 215 zu Note 32.

5) Auch nicht durch § 363 BGB., der gerade dem Annehmenden den Gegenbeweis offen läßt, daß das Empfangene nicht Erfüllung sei. Der Unternehmer soll einfachem Gegenbeweis nicht ausgesetzt sein. Daß die Abnahme im Sinne des § 640 mehr ist als reale Wegnahme, geht auch aus Note 2 i. f. hervor. Es folgt weiter aus Abs. 2 eod., wo die Schlußfolgerung auf Billigung gegebenenfalls durch einen Vorbehalt bei der Abnahme ausgeschlossen werden muß, und wird durch die Materialien bestätigt (s. Prot. II S. 316). Zustimmend fast sämmtliche Schriftsteller. A. M. bes. Dernburg §§ 318 II, 322 II (der aber gleichwohl eine Billigungspflicht annimmt) und Cosack § 148 I Ziff. 3, der einen ihm ganz eigenthümlichen Begriff der Abnahme aufstellt. Letzterer ist insofern nicht haltbar, als damit die jedenfalls hier sachlich gebotene Billigungspflicht verneint wird. „Abnahme" soll sein eine Ablieferung, welche den Besteller zur Untersuchung des Werkes in den Stand setzt. Aber kann (§ 640 BGB.) der Besteller zu etwas verpflichtet sein, was ihn „in den Stand setzt"? Im Uebrigen s. u. § 268 Ziff. III. Ferner auch Rosenberg in Ihering's Jahrb. Bd. 48 S. 256 ff. u. Cit.

6) Dies folgt daraus, daß es sonst Werke, bei denen „die Abnahme ausgeschlossen ist" (§ 640 BGB.) gar nicht gäbe. Denn die Billigung ist immer möglich. Vielmehr ist hier die ganze Abnahme, also auch die Billigung ausgeschlossen.

7) Z. B. bei immateriellen Werken, mit denen nicht die Ablieferung ꝛc. eines

oder die bloße Billigungserklärung im Leben nicht üblich[9]) oder nicht möglich[9]). Es ist dann die Abnahme überhaupt ausgeschlossen.

Auf der anderen Seite darf man die Anforderungen an einen besonderen „Billigungsakt" überhaupt nicht zu hoch spannen. Die Billigung kann durch indirekte Erklärungen (ganz formlos) erfolgen. Sie ist keine empfangsbedürftige Erklärung, schon wegen der ihr eigenthümlichen Verbindung mit dem realen Empfangsakt: *das Gesammtverhalten des Bestellers bei letzterem kann unter Umständen auf die Billigung schließen lassen*[10]). So kann die Billigung z. B. liegen in vorbehaltsloser Zahlung des Werklohns, zu welcher der Besteller (laut § 641) bei der Abnahme verpflichtet ist. Und bei unbedeutenden oder auf Theile des Werks beschränkten Mängeln wird überhaupt die Billigung „unter Vorbehalt" nach der Verkehrssitte häufig nicht zu versagen sein[11]). Manche Werke sind überhaupt *in Theilen abzunehmen*. § 641. — Erfolgte die Billigung *irrthümlich*, so kann sie nach allgemeinen Grundsätzen angefochten werden[12]). Arg. § 640 Abs. 2.

2. Weiterhin hat der Besteller die bedungene *Vergütung* zu leisten[13]). Sie wird fällig mit der Abnahme des Werks (hat also bei dieser Zug um Zug zu erfolgen), bei nicht abnahmefähigen Werken mit deren Vollendung[14]). Bei Werken, die in Theilen abzunehmen resp. zu vollenden sind, wird immer der entsprechende Theil der Vergütung fällig. §§ 641, 646. Von diesen Zeitpunkten ab ist eine nicht besonders gestundete Vergütung zu verzinsen[15]).

3. Bei Werkverträgen, die eine *Geschäftsbesorgung* zum Gegenstande haben, treten die in §§ 669, 670 BGB. erwähnten Ver-

---

Gegenstandes im Sinne von lit. a verbunden ist. Anders z. B. bei der Beförderung von Sachen.

8) Z. B. bei Personentransporten! Ebenso bei der Beförderung von Sachen an eine andere Person als den Besteller.

9) Z. B. bei der Auskunftsertheilung.

10) Nach den Grundsätzen oben Bd. I § 86 Ziff. 2 bes. lit. b.

11) Sie wird in § 640 Abs. 2 BGB. ausdrücklich *erwähnt*, und ist z. B. auch bei der Decharge ertheilung üblich. S. o. Bd. I § 137 i. f. Auch Dertmann § 640 Note 1 b.

12) Nach den Regeln der Rechtsgeschäfte. Zur Sicherung des Unternehmers dient die kurze Verjährungsfrist der Gewährsmangelansprüche und daß der Besteller dem Richter seinen Irrthum probabel machen muß.

13) Mangels Beredung einer solchen s. § 632 u. oben § 264 Ziff. 5.

14) Ueber den Fall, daß Eigenthümer und Besteller verschiedene Personen sind, s. Entsch. d. RG. Bd. 35 S. 136.

15) § 641 Abs. 2. Entsprechend der Verzinsung von Kaufpreisen (§ 452 BGB.).

pflichtungen des Bestellers hinzu[16]). Aber auch sonst hängt es vom Inhalt der Vereinbarung ab, ob dem Unternehmer seine Aufwendungen besonders zu ersetzen sind, oder ob der bedungene Preis den Ersatz dieser Aufwendungen in sich begreift. Letzteres ist beim Werkvertrag sehr häufig[17]): das Werk wird für eine Pauschalsumme übernommen. Wenn letzterenfalls nach Abschluß des Vertrages die Herstellungskosten erheblich gestiegen sind[18]), so kann der Unternehmer dieserhalb keine Erhöhung der Pauschalsumme fordern[19]). Anders, wenn die im Voraus bestimmte Summe nur die Bedeutung eines Kostenanschlags hat[20]). Für diesen hat der Unternehmer nur im Fall eines Verschuldens einzustehen oder wenn er eine besondere Gewähr für die Richtigkeit des Anschlags übernahm. S. § 650 BGB. Die Bedeutung der Festsetzung im Einzelfalle ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln.

4. Ein besonderer Zuschlag zum Preis ist zu entrichten, wenn der Besteller vor Vollendung des Werks mit Vornahme der zum Zweck der Herstellung ihm selbst obliegenden Hülfshandlungen[21]) in Annahmeverzug geräth[22]). § 642 BGB. Der Zuschlag besteht in einer angemessenen Entschädigung des Unternehmers für seinen Zeitverlust ꝛc. Dieselbe ist vom Gericht nach freiem Ermessen festzusetzen[23]). Maß-

16) S. darüber oben § 252 III Ziff. 2.

17) Wenn auch nicht gerade die Regel. „Auslagen" und „Arbeitslohn" werden oft geschieden.

18) Z. B. der Preis der Baumaterialien, die Arbeitslöhne ꝛc. sind inzwischen erheblich in die Höhe gegangen.

19) Dernburg § 322 i. f. bedauert dies und sucht Gegenmittel. Solcher bedarf es aber mit Rücksicht auf das Folgende nicht. Die ausländische Gesetzgebung schwankt sehr. Vgl. Art. 364 des Schweizerischen Obligationenrechts; anderseits aber auch Art. 1793 Code Nap. Die richterliche Freiheit, die uns der Text gibt, ist schließlich noch das Beste.

20) Dann aber hat der Besteller bei erheblicher Ueberschreitung des Anschlags ein erleichtertes Rücktrittsrecht von dem Vertrage. S. darüber unten § 269.

21) Z. B. er räumt nicht das zu bebauende Terrain, gibt den zu bearbeitenden Stoff nicht her, erscheint nicht zur Portraitsitzung ꝛc. — Vornahme dieser Handlungen kann der Unternehmer nicht verlangen. S. o. §§ 163 ff. Dagegen treten auch die anderen Annahmeverzugsfolgen ein.

22) Vor der Herstellung des Werks ist der Besteller nicht abnahmepflichtig (s. o. Note 3). Er geräth also nicht in Leistungsverzug. Umgekehrt kann, wenn er mit Vornahme der seinerseits erforderlichen Hülfshandlungen in Annahmeverzug geräth, der Unternehmer den Vertrag kündigen (§ 643 BGB.). Erfolgt keine Kündigung, so ist der Fall des Textes gegeben, weil der Unternehmer durch den Annahmeverzug hingehalten wurde. Der Besteller muß den Unternehmer für sein schwankendes Verhalten entschädigen. Nach dem Satze: Zeit ist Geld!

23) Ueber Geschichte dieser Bestimmung und Konstruktion s. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 346 ff.

gebend ist die Vergleichung der Verzugsdauer mit der gewöhnlichen Herstellungszeit des Werks, unter Berücksichtigung der vereinbarten Vergütung[24]). Davon ist abzuziehen, was der Unternehmer in Folge des Verzugs an Aufwendungen erspart hat oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben konnte[25]).

Die Bestimmung findet auch beim Tode des Bestellers Anwendung, wenn die Erben auf Herstellung des Werks bestehen[26]).

Ueber das Kündigungsrecht des Unternehmers in diesem Falle s. u. § 269 Ziff. 2.

§ 267.

d) Gesetzliche Pfandsicherung des Unternehmers.

Aus sozialen Gründen gibt die neuere Gesetzgebung dem Unternehmer für seine Ansprüche auch[1]) eine pfandrechtliche Sicherung am Werke, falls dieses in der Herstellung oder Bearbeitung von Sachen besteht. Die Rechtfertigung dieses Pfandrechts[2]) liegt darin, daß der Unternehmer seine Arbeit und häufig auch vielfache Materialien auf die Sache verwendet und letztere dadurch werthvoller gemacht hat. Dies kommt auch den anderen Gläubigern des Bestellers zu Gute[3]). Nur die Gestalt der Pfandsicherung ist aus technischen Gründen bei beweglichen und unbeweglichen Sachen verschieden.

1. Bei beweglichen vom Unternehmer hergestellten oder ausgebesserten Sachen hat letzterer kraft Gesetzes ein Pfandrecht für seine sämmtlichen Forderungen aus dem Werkvertrag wider den Be-

---

24) Z. B. ist der Verzug (v) = 5 Tage, die gewöhnliche Herstellungszeit (z) = 20 Tage, der vereinbarte Preis (p) = 1000 M., so ergibt sich folgende Proportion $v : z = x : p$, d. i. hier $x = \frac{5 \times 1000}{20} = 250$ M. — Von diesem Entschädigungsbetrag ist der nach dem folgenden Textsatze zu bestimmende Betrag abzuziehen. S. auch Oertmann § 642 Note 5.

25) Nach der allgemeinen Regel des Annahmeverzuges (s. o. § 170 I Ziff. 2). Doch wird hier nicht blos der böswillig unterlassene, sondern jeder anderweitig zu machende Erwerb für abzugsfähig erklärt. Dies folgt aus dem hier zu Grunde gelegten Entschädigungsprinzip. S. Crome a. a. O. S. 351 ff.

26) Andernfalls kommt § 649 zur Anwendung. Darauf bestehen können sie natürlich nicht, wenn das Werk unmöglich geworden ist, oder der Unternehmer nach § 643 kündigte.

1) Neben den gewöhnlichen Sicherungsmitteln, insbesondere dem Zurückbehaltungsrecht der bearbeiteten Sachen (§ 273 BGB.) und dem Absonderungsrecht im Konkurse des Bestellers (§ 49 Ziff. 3 KO.) 2c.

2) Im Verhältniß zu den sonstigen Gläubigern des Bestellers.

3) Vgl. hierzu schon Preuß. A.L.R. I Tit. 11 §§ 971 ff. 974, Code Nap. Art. 2103 n. 4 u. § 41 Ziff. 6 der ehemaligen KO. 2c.

steller[4]), soweit die Sachen dem Besteller gehören[5]) und auf Grund des Vertrages[6]) in den Besitz des Unternehmers gelangt sind[7]). § 647. Durch freiwillige Rückgabe der Sachen an den Besteller erlischt das Pfandrecht nach den ihm eigenen Grundsätzen[8]). Diese Rückgabe darf auch der Unternehmer wegen seiner etwa noch nicht fälligen Ansprüche nicht verweigern[9]).

2. Von Unternehmungen an einem Grundstück ist in dieser Weise nur die wichtigste[10]): die Herstellung eines Bauwerks oder einzelner Theile eines Bauwerks[11]) privilegirt. Und auch diese nicht in derselben Vollkommenheit[12]). Nach der Struktur unserer Grundstückspfandrechte ist hier von einer direkten Entstehung des Pfandrechts nicht die Rede[13]). Der Unternehmer hat nichts weiter als einen gesetzlichen Hypothekentitel auf das Grundstück des Bestellers[14]). § 648. Auf Grund dieses Titels kann er vom Besteller die Einräumung einer Sicherungshypothek am Grundstück[15]) für seine Forderungen aus dem Werkvertrage verlangen[16]), und muß die Hypothek dann im Grundbuch

4) S. o. § 266. Also Vergütungs- und Entschädigungsansprüche, soweit sie aus dem Vertrag (nicht aus Delikt) entspringen.

5) Wie bei der Miethe (s. o. § 244 bei Note 11 ff.). Z. B. entsteht kein Pfandrecht, wenn ein „möblirter Herr" die beschädigten Sachen der Miethwohnung in eigenem Namen repariren läßt. — Das Pfandrecht besteht auch an unpfändbaren Sachen.

6) Bei der Herstellung oder zum Zweck der Reparatur.

7) Nach dem Prinzip der Mobiliarpfandrechte (Publizität). Wegen der Fortdauer und dem näheren Inhalt des Pfandrechts entscheiden die allgemeinen sachenrechtlichen Vorschriften. Vgl. § 1257 BGB.

8) Arg. §§ 1253, 1257 BGB. — Wegen sonstigen Besitzverlustes s. § 1227 BGB.

9) Hätte er doch dieserhalb nach § 273 BGB. nicht einmal ein Zurückbehaltungsrecht. Der Vertrag muß den objektiven sachenrechtlichen Bestimmungen vorgehen. Ebenso Dernburg § 323 Ziff. II.

10) Der Lidlohn ländlicher Arbeiten an einem Grundstück ist gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt von Dienstleistungen im Konkurs des Bestellers privilegirt (§ 61 Ziff. 1 KO.). Zu einer gesetzlichen Pfandsicherung am Grundstück selbst besteht kein ausreichendes Bedürfniß, auch wenn es sich um eine selbständige Unternehmung (Melioration) handelt.

11) Ueber den Begriff des Bauwerks s. Entsch. d. RG. Bd. 80 S. 158. Es braucht aber kein Neubau zu sein, sondern es genügt auch die Veränderung eines älteren Bauwerks, auch die Herstellung von Theilen eines Gebäudes. Vgl. u. Note 19 ff.

12) Und nach vielfachen Schwankungen. Der I. Entwurf des BGB. ging in seiner Beseitigung dieser Sicherung noch hinter die Partikularrechte zurück. Im II. Entwurf einigte man sich auf das schwache Recht des § 648 BGB. Ueber Versuche der Erweiterung s. u. Note 25.

13) Wegen des Publizitätsprinzips, das hier Eintragung des Pfandrechts im Grundbuche verlangt. S. § 873 ff., 1115 ff. BGB. u. unten das Sachenrecht.

14) Entsprechend oben Note 5 muß das Grundstück dem Besteller gehören.

15) S. §§ 1184 ff. BGB.

16) Nach dem pfandrechtlichen „Konsensprinzip". Eventuell ist die Be-

eintragen lassen. Im Verhältniß zu anderen Realgläubigern rangirt sie nach dem Datum des Eintrags (§ 879 BGB.). Beschleunigen kann der Unternehmer den Eintrag unter Umständen durch Erwirkung einer Vormerkung[17]), wodurch sein Pfandrecht vom Tage der Vormerkung ab datirt (§ 883 BGB.).

Das Pfandrecht sichert sämmtliche Forderungen des Unternehmers aus dem Vertrage[18]), soweit er sich auf die Herstellung oder Veränderung des Bauwerks bezieht. Regelmäßig sind bei einem Bau mehrere Unternehmer betheiligt, der Unternehmer des Rohbaus, Bauschreiner und sonstige Bauhandwerker. Der Umfang ihres Betriebs ist gleichgültig (er kann sich im Handwerksbetrieb halten). Es müssen aber selbständige Unternehmer sein[19]). Arbeiter im Dienste eines Unternehmers[20]) haben keinen Anspruch auf die Sicherungshypothek. Die selbständigen Unternehmer aber sämmtlich für ihre respektiven Forderungen[21]).

Gleichgültig ist hier auch, ob die Forderung fällig ist[22]). Vor Vollendung des Werkes kann der Unternehmer[23]) die Einräumung der Sicherungshypothek jedoch nur für einen der bereits geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und der darin nicht einbegriffenen Auslagen verlangen. § 648 i. f. Da er jedoch die Vormerkung wegen seiner sämmtlichen, auch bedingten oder betagten Ansprüche erwirken kann[24]), so wird die Beschränkung ihrer Hauptspitze beraubt[25]).

willigung im Wege des § 894 CPO. zu erzwingen. Darüber vergeht meist viel Zeit. Der Bauherr kann das Grundstück inzwischen veräußert oder zahlreiche andere Hypotheken auf dasselbe bewilligt haben, die dem Unternehmer vorgehen. Im ersteren Fall ist dessen Sicherungsrecht verloren, im zweiten ist er benachtheiligt.

17) S. o. Bd. I § 132 Ziff. II.

18) Wie oben Note 4.

19) Z. B. Glaser, Stukkateure, Anstreicher, Ofensetzer. — An den von ihnen gelieferten Sachen haben sie durch die Einfügung in das Bauwerk ihr Eigenthum verloren, können sie also keinesfalls zurücknehmen. S. o. Bd. I § 59 Ziff. 3. S. auch das. Note 19.

20) Ebensowenig bloße Lieferanten von Gegenständen, die beim Bau verwendet wurden.

21) Durch früheren Eintrag der Sicherungshypothek im Grundbuch erwirbt möglicherweise der Eine eine Vorsprung vor dem Anderen.

22) Weil die Sicherungshypothek dem Besteller die Sachen nicht vorenthält. Vorzeitiger Eintrag ist für den Unternehmer wegen der Rangfrage und wegen des möglichen Verlustes des Sicherungsrechtes durch Veräußerung des Grundstücks von höchster Wichtigkeit.

23) D. h. jeder Unternehmer für sein respektives Werk.

24) S. § 883 BGB. u. oben Note 17. Vormerkung und definitive Eintragung (für die vollendeten Theile) können unter Umständen auch gleichzeitig erfolgen.

§ 268.

e) Gefahrtragung beim Werkvertrage.

Wird die Herstellung des Werks durch einen von keiner Partei zu vertretenden Umstand unmöglich, so reichen die allgemeinen Grundsätze der gegenseitigen Verträge[1]) nicht aus. Ja das Verhältniß ist hier noch komplizirter als beim Kaufe[2]), weil der Besteller oft Hülfshandlungen für die Arbeit vorzunehmen, und das Recht hat, das Werk nach seinen Anweisungen herstellen zu lassen; auch weil er regelmäßig den Stoff liefert[3]). Außerdem kann das Werk während der ganzen Arbeitszeit von Gefahren getroffen werden. Es fragt sich, wer diese zu tragen hat?[4])

I. Die aufgeworfene Frage ist nicht die nach der Gefahrtragung für den vom Besteller gelieferten Stoff, obschon § 644 Abs. 1 i. f. auch des Stoffes gedenkt. Es geschah dies nur zur Vermeidung von Mißverständnissen[5]). Es ist selbstverständlich, daß der Unternehmer, der einen fremden Stoff zur Bearbeitung empfängt, denselben mit aller Sorgfalt zu behandeln hat. Läßt der Untergang oder die Verschlechterung sich desungeachtet nicht vermeiden, so ist der Unternehmer dafür nach allgemeinen Grundsätzen nicht ersatzpflichtig[6]). Vgl. § 275 BGB. Der Untergang oder die Verschlechterung trifft den Besteller als Eigenthümer[7]).

II. Ebensowenig ist es der Sinn der von uns aufgeworfenen Frage, ob der Unternehmer das fertige oder in der Ausarbeitung begriffene

25) Eine Erweiterung des Schutzes sämmtlicher Bauhandwerker, nicht blos der Unternehmer (s. o. Note 20) durch ein Pfandrecht am Bauwerk ist im sozialen Interesse schon seit längerer Zeit erstrebt. Vgl. die Entwürfe eines Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen (1897) und eines preuß. Ausführungsgesetzes, die aber zu keiner Einigung geführt haben. Die Lösung der Aufgabe ist äußerst schwierig. Vgl. Oertmann, Das gesetzliche Pfandrecht der Bauhandwerker (1896), die Verhandlungen des 24. deutschen Juristentags Bd. 2 S. 173, Bd. 3 S. 51, 103, Bd. 4 S. 35, Frese, Das Pfandrecht der Bauhandwerker (1901) u. a.

1) S. o. §§ 168, 170.
2) S. o. § 213. Vgl. auch die Regelung beim Dienstvertrag § 259 Ziff. I.
3) S. o. § 265 Ziff. 2.
4) Vgl. hierzu Strohal in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 33 S. 386; Oertmann in Grünhut's Ztschr. Bd. 24 S. 1; Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 317 ff.; Riezler S. 142 (der aber hier wie in den meisten Detailfragen ziemlich unergiebig ist).
5) Motive Bd. 2 S. 498.
6) Es müßte denn bedungen sein, daß das Werk eventuell auch aus anderem Stoffe herzustellen sei. Ueber diesen Fall s. noch unten § 271.
7) S. dazu oben § 168 Note 18.

Werk, wenn es durch einen Zufall zu Grunde geht oder verschlechtert wird, noch einmal herstellen oder ausbessern muß. Dies ist eine Frage der Vertragsauslegung[8]). Soweit eine erneute Herstellung sich mit dem Vertragsinhalt verträgt, werden wir auch dem Unternehmer das Recht zugestehen, sich durch Nachlieferung, falls sie noch möglich[9]) und für den Besteller von Interesse ist[10]), von den Folgen der Gefahrtragung[11]) zu befreien.

III. Das Problem der Gefahrtragung, um die es sich hier handelt, ist vielmehr einzig, wieweit die bedungene Vergütung für das zufällig untergegangene oder verschlechterte Werk zu entrichten ist. In dieser Frage ist die Gesetzgebung nach mannigfachen Schwankungen[12]) zum römischen Ausgangspunkt zurückgekehrt[13]). Grundsätzlich ist dem Unternehmer die Vergütung nur für das vertragsmäßig hergestellte Werk zugesagt. Daher erhält er sie keinesfalls, wenn das Werk schon vor seinem Beginn unmöglich wird (arg. § 323 BGB.). Hier reden wir nicht von Gefahr, weil noch Keiner geleistet hat. Erst wenn der Unternehmer mit der Arbeit begonnen, sie vielleicht vollendet oder nahezu vollendet hat, ist es Gefahr, wenn er wegen Unmöglichkeit der Ablieferung keinen Werklohn erhält[14]).

1. Diese Gefahr trägt nun der Unternehmer grundsätzlich bis zur Abnahme des Werks. § 644 Satz 1 BGB. Darunter ist hier (wie in § 640)

---

8) Oft kann die nochmalige Anfertigung dem Unternehmer nach der Natur des Werkes oder der Verkehrssitte nicht zugemuthet werden, z. B. die Herstellung eines Kunstwerks, eine Theatervorstellung. Oft gehört zu der Anfertigung ein Stoff, der gleichfalls von dem Unfall betroffen ist. Ohne diesen kann von nochmaliger Herstellung gar keine Rede sein ꝛc. Umgekehrt ist oft die Nachholung ohne Weiteres möglich, z. B. ein Transport, ein Unterricht, eine Kur.

9) Z. B. nicht der Stoff fehlt (s. vorige Note).

10) Zu unbestimmt Riezler S. 144.

11) S. u. Ziff. III.

12) Vgl. darüber die gründliche Uebersicht bei Oertmann a. a. O. Ferner Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 960 ff., Code Nap. Art. 1790. Auch § 1155 Oesterr. GB., §§ 1248 ff. Sächs. GB., Art 370 Schweiz. ObligatR., § 667 HGB.

13) Vgl. l. 36, 37 Dig. locati 19, 2: Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est. Quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur vel admetiatur. — Dann aber machen die Römer Ausnahmen für höhere Gewalt, und die gemeinrechtliche Jurisprudenz fügte andere hinzu, während das Bürgerliche Gesetzbuch seinen eigenen Weg geht. Daß dieser den Vortheil der Rechtssicherheit für sich hat und praktisch keine ernstlichen Mißstände im Gefolge hat, glaube ich a. a. O. S. 318 ff. 323 ff. nachgewiesen zu haben. Es handelt sich hier zum großen Theil auch um ein soziales Problem.

14) Bei Quotalwerkverträgen insbesondere s. Crome a. a. O. S. 328 ff.

die Uebernahme des Werks mit Billigung zu verstehen[15]). Freilich kann man für den Gefahrübergang keine dermaßen gründliche Prüfung des Werks verlangen, daß dadurch eine spätere Mängelrüge völlig ausgeschlossen erscheint[16]). Und wenn die endgültige Billigung eine vorherige Probe des Werks durch den Besteller voraussetzt[17]), wird der Gefahrübergang dadurch nicht aufgehalten. Es liegt hier nur ein Vorbehalt in einzelnen Punkten vor[18]). Das Gleiche gilt, wenn Ausstellungen in untergeordneten Punkten gemacht werden, weswegen nach § 634 Abs. 3 eine Wandelung des Vertrags nicht stattfindet[19]). Ist das Werk in Theilen abzunehmen und zu vergüten (§ 641), so wird die Gefahr schon successive für die abgenommenen Theile vom Unternehmer nicht mehr getragen[20]). Schließlich wird auch hier die dem Kaufrecht entsprechende Bestimmung getroffen[21]), daß bei einer vom Besteller verlangten Versendung des Werkes vom Erfüllungs- an einen anderen Ort die Gefahr schon in dem Augenblick auf den Besteller übergeht, da das Werk dem Frachtführer, Spediteur oder der sonst zur Bewirkung der Versendung bestimmten Transportperson oder Transportanstalt übergeben ist. § 644 Abs. 2. Und bei nicht abnahmefähigen Werken[22]) tritt überhaupt in Ansehung des Gefahrüberganges die Vollendung des Werks an Stelle der Abnahme. § 646.

2. Die letztgenannten Punkte enthalten schon Abmilderungen des Prinzips. Doch genügen sie nicht. Die nothwendige Berücksichtigung der geleisteten Arbeit führt weiter[23]).

---

15) S. o. § 266 Ziff. 1 und die dort Citirten. Dies entspricht nicht nur dem wiederkehrenden Sprachgebrauch des Gesetzes, sondern auch der Geschichte. Die beiden ersten Sätze des § 644 sind geradezu eine Uebertragung der oben Note 13 mitgetheilten Quellenstelle in's Deutsche. Meinungsverschiedenheiten bestanden überhaupt nur hinsichtlich der zu machenden Ausnahmen.

16) S. darüber schon § 266 zu Note 5 ff.

17) Wie z. B. bei gefertigten Maschinen, die erst in Gang zu setzen, einem gefärbten Kleide, das erst der Sonne auszusetzen ist.

18) Im Sinne § 266 Note 10—11 oben.

19) Also ein solcher Vorbehalt schließt die Gefahrtragung des Bestellers nicht aus. Dadurch dürfte sich das hauptsächlichste praktische Bedenken Dernburg's § 318 Ziff. II gegen unsere Ansicht erledigen. — Im Uebrigen hilft dem Unternehmer stets der Annahmeverzug seines Gegners, wenn dieser nach erfolgter ordnungsmäßiger Leistung die Billigung unterläßt. S. u. Ziff. 2a. Sobald der Besteller sich im Annahmeverzug befindet, geht die Gefahr auf ihn über.

20) So schon die oben Note 13 cit. Quellenstelle. — Auch bei freiwilliger Abnahme der einzelnen Theile eines theilbaren Werks wird Aehnliches gelten müssen.

21) Vgl. o. § 213 Ziff. 1a, zugleich über das Detail.

22) S. o. § 266 zu Note 6.

23) Aehnlich wie beim Dienstvertrage. S. o. § 259 Ziff. II.

a) Kommt es zur Abnahme oder Vollendung des Werkes nicht aus einem Grunde, der lediglich in der Person des Bestellers oder in seinem Rechtskreise liegt[24]), so wäre der Grundsatz sub 1 zu hart. Das Gesetz hebt hier folgende Fälle heraus[25]):

α. Kann das Werk aus einem ausschließlich den Besteller treffenden Grunde nicht mehr vollendet werden, während der Unternehmer an sich fortdauernd leistungsfähig bleibt, so ist der Besteller im Annahmeverzuge[26]). Hier geht die Gefahr auf ihn über[27]). § 644 Abs. 1 Satz 2. Der Unternehmer hat also Anspruch auf den Werklohn. Freilich nicht auf den ganzen, wenn der Unfall sich mitten in der Arbeit ereignete. Der Unternehmer kann solchenfalls nur einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und Ersatz der darin nicht inbegriffenen Auslagen fordern[28]). Arg. § 645 Abs. 1 BGB.[29]).

Ist dem Unternehmer das störende Ereigniß gar nicht erkennbar, so schadet es seinen Rechten zunächst überhaupt nicht[30]). Der in Annahmeverzug befindliche Besteller oder seine Erben müssen dann kündigen, um den Unternehmer zur Einstellung seiner Thätigkeit zu bringen[31]). Der Unternehmer hat alsdann die Ansprüche aus § 649 BGB.[32]).

β. Unter den in den Bereich des Bestellers gehörigen (also ihm in erster Linie zur Last fallenden) Umständen, die einen Untergang, eine Verschlechterung oder Unausführbarkeit des Werkes herbeiführen[33]), steht

24) Z. B. der Besteller stirbt oder erkrankt, sodaß das für ihn persönlich bestimmte Werk gänzlich nutz- und zwecklos ist oder überhaupt nicht mehr ausgeführt werden kann (z. B. Kleidungsstücke, ein künstliches Gebiß, eine Operation). Das Haus des Bestellers, in dem das Werk zu fertigen war, brennt ab u. s. w.

25) Die Textworte bei Note 24 als allgemeine Ausnahme wären zu unbestimmt. Sie geben nur die ungefähre Richtung der nachfolgenden Erörterung an.

26) S. o. § 163 bei Note 31 ff., bes. Note 32 u. die dort Citirten.

27) Wie schon im röm. Recht. S. o. Note 13.

28) So auch Kohler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 13 S. 259. — S. u. lit. β.

29) Ebenso wenn der Besteller oder seine Erben mit Vornahme der ihrerseits erforderlichen Hülfshandlungen ausbleiben. Dann hat der Unternehmer das Kündigungsrecht des § 643 BGB. mit denselben Lohnansprüchen. § 645 Abs. 1 Schlußsatz. S. u. § 269 Ziff. 2.

30) Andernfalls würde die Nichtbeachtung gegen Treu und Glauben verstoßen.

31) Z. B. der Schneider, der für den Besteller einen Anzug zu fertigen hat, weiß gar nicht, daß der Besteller gestorben ist, und arbeitet ruhig weiter.

32) Darüber s. u. § 269 Ziff. 1. Dieser Anspruch geht weiter als oben. Dies ist bei dem noch mehr internen Charakter des Unfalls in diesem Falle wohl gerechtfertigt. Auf die Kündigung hin darf der Unternehmer natürlich nicht weiterarbeiten. Er thäte dies auf seine Gefahr.

33) Vor der Abnahme resp. der Vollendung (§ 646) des Werkes.

in zweiter Linie die Mangelhaftigkeit des vom Besteller gelieferten Stoffes[34]). § 645. Bei Unfällen wegen Mängel des Stoffes kann übrigens ein Verschulden des Bestellers oder des Unternehmers mitwirken. Das ist bei der Regelung dieses Falles mit in Rücksicht zu ziehen. Der Besteller ist in Schuld, wenn er die Mängel des Stoffes kannte oder hätte erkennen können und trotzdem das ungeeignete Material zur Arbeit hergab, — der Unternehmer, wenn er zufolge der von ihm den Umständen nach zu erwartenden Sachkenntniß[35]) die Untauglichkeit hätte durchschauen und den Besteller darauf aufmerksam machen müssen. Beide Möglichkeiten scheiden hier aus. Es versteht sich von selbst, daß die Parteien wegen eines von ihnen zu vertretenden Umstandes auf Schadensersatz haften. Der Untergang oder die Verschlechterung ꝛc. des Werks stellt gerade hier den Hauptschaden dar[36]).

Abgesehen davon ist die Mangelhaftigkeit des Stoffs ein dem Besteller zur Last fallender Unfall. Der Unternehmer behält also hier trotz des Untergangs oder der Unausführbarkeit des Werks seinen Lohnanspruch[37]). War das Werk zur Zeit des Unfalls[38]) erst theilweise vollendet[39]), so hat der Unternehmer nur auf einen seiner geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung[40]) und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen Anspruch.

---

34) Darunter ist zunächst das Material der Werkherstellung (z. B. Kleiderstoffe, Leder, Baumaterialien, der Grund nnd Boden, das Gebäude, in dem die Arbeit anzubringen ist ꝛc.) zu verstehen; aber auch sonstige Geräthschaften, die der Besteller für die Arbeit liefert, z. B. Gerüste u. s. w. Oertmann § 645 Note 1. A. M. Dernburg § 318 Note 9.

35) S. o. § 265 Ziff. 1 bes. Note 5.

36) Die eine — die andere — oder beide Parteien können in Schuld sein:

a. Ist es der Besteller, so haftet er dem Unternehmer auf das volle Erfüllungsinteresse (gemäß § 324 BGB.). S. § 645 Abs. 2.

b. Ist es der Unternehmer, so hat er keinen Lohnanspruch (§ 645 Abs. 1) und haftet dem Besteller für dessen weiteren Schaden.

c. Sind beide Parteien in Schuld, so s. Bd. I § 111.

37) Wie im Falle lit. α trifft ihn nicht die Gefahr.

38) Oder wenn die Unausführbarkeit aus diesem Stoffe erkannt wird.

39) Bei bloßer Verschlechterung erhält es der Besteller regelmäßig für den vollen Werklohn im dermaligen Zustand; kann also für den alten Preis keine Verbesserung des Fehlers fordern, selbst wenn sie möglich wäre.

40) Das Gericht bestimmt den Betrag nach freiem Ermessen. Die Berechnungsmethode ist etwa: die Ausführung des Werks hätte 10 Arbeitstage gekostet. Davon waren 5 bei Eintritt des Unfalls (mit verhältnißmäßigem Ergebniß) geleistet. Die bedungene Vergütung betrug 200 M. Dann ergibt sich die Proportion $10:5=200:x$. Also erhält der Unternehmer 100 M. — Doch kann sich dieses Resultat modifiziren, wenn die Auslagen in der Vergütung einbegriffen und schon ganz oder zum größeren Theile gemacht waren. Dann gebührt dem Unternehmer in Berücksichtigung dessen entsprechend mehr.

γ. Entsprechend ist der Fall zu behandeln, wenn der Untergang, die Verschlechterung oder Unausführbarkeit des Werks auf besonderen für die Ausführung ertheilten Anweisungen des Bestellers beruht[41]). § 645.

b) Zweifelhaft ist die Behandlung der Fälle, in denen ein der Persönlichkeit oder dem Rechtskreise des Bestellers fremder Zufall die gehörige Ausführung des Werkes verhindert. Ist es auf eine vom Besteller für die Arbeit gegebene Anweisung zurückzuführen, daß das Werk überhaupt dem Zufall ausgesetzt wurde, so ist dieser zu Lasten des Bestellers[42]). Kommt das Mißlingen einfach von dritter Seite, so reichen die bisherigen Grundsätze nicht aus[43]). Hier dürfte folgende Unterscheidung zu machen sein.

α. Hindert der Unfall die Ausführung des Werks, während der Unternehmer seinerseits vollkommen zu leisten im Stande ist, so ist dem Unternehmer ein der geleisteten Arbeit entsprechender Theil der Vergütung und Ersatz der eventuellen Auslagen zu bewilligen[44]). Denn nach Treu und Glauben muß der Besteller hier das Risiko der Unternehmung tragen. Nach dem Vertrag ist anzunehmen, daß er sich für diesen Fall so behandeln lassen wollte, wie wenn er selbst die Arbeit sistirte (also sich im Annahmeverzug befände). Sonst würde er wohl nie einen Arbeiter finden[45]).

β. Trifft der Unfall dagegen auch den Unternehmer, sodaß er ihn seinerseits zu leisten außer Stande setzt, so gilt dies nicht[46]). Der Unfall trifft hier gleichmäßig beide Parteien. Es bleibt also bei der Regel des § 644 Satz 1: daß die Gefahr dem Unternehmer zur

41) Auch hier hat, mangels eines von der einen oder anderen Seite vorliegenden Verschuldens, der Besteller doch durch seine Anweisung den Unfall veranlaßt; und es ist nur gerecht, daß dessen Folgen daher eher auf ihn zurückfallen als auf den Gegner, der sich ihnen nach dem Wesen des Vertrages fügen mußte.

42) Nach den Grundsätzen bei Note 41. Z. B. der Besteller verlangt von dem Maler, en plein air (auf einer Wiese) portraitirt zu werden, und ein daherkommender Ochse nimmt die Leinwand auf die Hörner.

43) Es sei denn, daß z. B. der Unfall das vom Erfüllungsorte an den Besteller abgesendete Werk betrifft. S. § 644 Abs. 2 u. oben Ziff. 1 i. f. — Wie aber wenn das ganze Werk mitten während der Arbeit oder vor der Abnahme polizeilich verboten wird (z. B. ein Denkmal für die Märzgefallenen, eine Straßendekoration)? Oder die zu unterrichtende oder aus einer Gefahr zu errettende dritte Person verstirbt? Darüber s. das Folgende.

44) Also ähnlich wie im Fall des Annahmeverzuges.

45) S. hierzu schon oben § 163 Note 32. Beispiele: Rettung von Personen aus einer Gefahr, die während der Ausführung versterben u. dgl.

46) Z. B. die Ausführung des Werks wird polizeilich verboten. — Die röm. Ausnahme für vis maior wird von unserem Gesetzbuch nicht gemacht. S. auch oben § 259 Note 17.

Last fällt. Immerhin wird dem Unternehmer unter Umständen dadurch zu helfen sein, daß er als einfacher Dienstschuldner behandelt wird[47]).

c) Trifft der Zufall nur die Person des Unternehmers, so trägt er die Gefahr[48]).

§ 269.

f) Beendigung.

Von einer Beendigung des Werkvertrags reden wir nur mit Beziehung auf vorzeitige Sistirung der Arbeit. Denn daß die völlige Ausführung (resp. Ablieferung) des Werkes das Vertragsverhältniß abschließt, bedarf hier ebensowenig als z. B. beim Kaufe der Hervorhebung.

1. Vor Allem hat nun der Besteller bis zur vertragsmäßigen Herstellung (Vollendung) des Werks ein jederzeitiges Kündigungsrecht. § 649 BGB. Eine Kündigungsfrist ist dabei nicht einzuhalten. Es handelt sich um ein einfaches Sistirungsrecht der Arbeit. Es wäre widersinnig, den Besteller zu zwingen, sich eine Arbeit machen zu lassen, deren er nicht mehr bedarf[1]). Erst nach der vertragsmäßigen Herstellung des Werks beginnt die Abnahmepflicht des Bestellers (§ 640). Aber auch durch die bis dahin erfolgende Kündigung kann der Besteller sich selbstverständlich nicht von seinen Vertragspflichten befreien. Er steht im Allgemeinen einer Partei gleich, die sich im Annahmeverzug befindet[2]). Konform dem § 324 BGB. hat daher der Unternehmer Anspruch auf den vereinbarten Werklohn. Nur muß er sich abrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterläßt[3]). § 649.

Ermäßigt wird die Leistungspflicht des Bestellers, wenn die Kündigung wegen wesentlicher Ueberschreitung des für das

---

47) Vgl. o. § 264 zu Note 8ff. Dann gilt entsprechend das oben § 259 II Ziff. 2 Gesagte. — Schließlich muß man sagen, die hier in Rede stehenden Zufälle stehen denjenigen ganz nahe, die sich lediglich in seinem persönlichen Bereich ereignen (lit. c).

48) S. o. § 259 II Ziff. 3 und die dortigen Beispiele. Für die Ausnahme des § 616 BGB. ist beim Werkvertrag kein Raum. — Von den Folgen etwaiger Verspätung des Werks war schon die Rede (oben § 265 Ziff. 4).

1) S. o. § 163 Ziff. I. Vorbild der Bestimmung ist der berühmte Art. 1794 Code Nap.

2) Vgl. schon oben § 268 bei Note 30ff.

3) S. darüber das Detail in § 170 I Ziff. 2. Im Fall der Quotallohnklausel s. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 361ff.

Werk zu Grunde gelegten[4]) Kostenanschlags erfolgt[5]). § 650. Hier kann der Unternehmer nur einen seiner bisher[6]) geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und Ersatz der darin nicht inbegriffenen Auslagen verlangen[7]). Ueberdies hat er, sobald die Ueberschreitung des Kostenanschlags zu erwarten steht, dem Besteller unverzüglich[8]) davon Anzeige zu machen[9]), um ihm zur Ausübung des Kündigungsrechts Gelegenheit zu geben[10]). Andernfalls ist er dem Besteller zu Schadensersatz verpflichtet[11]). Abs. 2.

Ueber das Rücktrittsrecht wegen Verspätung s. o. § 265 Ziff. 4.

2. Der Unternehmer kann den Werkvertrag nie willkürlich auflösen, sondern hat das übernommene Werk vertragsmäßig zu Stande zu bringen. Nur wenn zu dessen Herstellung Hülfshandlungen des Bestellers erforderlich sind und der Besteller durch Unterlassen dieser Handlungen in Annahmeverzug geräth[12]), braucht sich der Unternehmer dadurch nicht unbegrenzt an dem Vertrage festhalten zu lassen[13]). Sondern er darf hier dem Besteller eine angemessene Frist[14]) zur Nachholung der Handlung mit der Erklärung bestimmen[15]), daß er den Vertrag mangels Vornahme der Handlung bis zum Ablauf der Frist aufkündige. § 643. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist ist das Vertragsverhältniß aufgehoben[16]); der Unternehmer hat auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Theil der Vergütung und der darin nicht inbegriffenen Auslagen Anspruch. § 645 Abs. 1 i. f.

---

4) Vom Unternehmer! Dabei ist nicht erforderlich, daß er den Kostenanschlag auch selbst anfertigte. Ein Verschulden des Unternehmers wird überhaupt nicht verlangt.

5) S. dazu oben § 266 Ziff. 3. Von einer solchen Ueberschreitung und demnach auch von der hier besprochenen Erleichterung des Kündigungsrechts kann keine Rede sein, wenn der Voranschlag für den Unternehmer bindend war (also eine bedungene Pauschalvergütung für das Werk bestand).

6) D. h. zur Zeit der Kündigung.

7) S. darüber oben § 268 Note 40.

8) D. h. ohne schuldhaftes Zögern. Arg. § 121 BGB.

9) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. S. o. Bd. I § 72 zu Note 4 u. 5, § 88.

10) Damit Kosten ꝛc. möglichst vermieden werden.

11) Kann also das Plus nicht fordern.

12) S. o. § 163 zu Note 10. Der Unternehmer hat solchenfalls Anspruch auf Entschädigung (§ 266 Ziff. 4); aber wichtiger ist ihm oft von der Arbeit loszukommen. S. darüber Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 356 ff.

13) Ebensowenig wie der Arbeiter im Dienstvertrage. S. §§ 615, 624 BGB.

14) S. o. § 151 zu Note 9 ff. Die dortigen Ausführungen sind auch hier entsprechend anwendbar.

15) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. Bd. I § 88.

16) Im Augenblick des Fristablaufs und für die Zukunft. Die Erklärung des Unternehmers ist eine betagte Kündigung.

Fällt dem Besteller ein Verschulden zur Last, so hat er den Unternehmer zu entschädigen. § 645 Abs. 2[17]).

3. Hat eine Ehefrau nach Eingehung der Ehe sich ohne Zustimmung des Mannes zu einer persönlich vorzunehmenden Werkleistung verpflichtet, so kann der Mann wie beim Dienstvertrage kündigen[18]). § 1358 BGB.

4. Ein Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, endigt auch nach den Regeln der Geschäftsbesorgung (s. o. § 252 Ziff. V)[19]).

2. Werklieferungsvertrag.

§ 270.

Wenn der Unternehmer die Herstellung des Werks aus einem von ihm selbst zu beschaffenden Stoffe übernimmt[1]), so entsteht ein besonderer Vertragstypus: ein Mittelding zwischen Kauf und Werkvertrag[2]). Es handelt sich um eine bedungene Sachlieferung wie beim Kaufe; nur daß die Sache erst noch anzufertigen ist. Die Anfertigung ist das zu beschaffende Werk. Daher der Ausdruck Werklieferung. Die Bedeutung des Arbeitsmoments in dem Vertrage ist übrigens nicht stets gleich groß. Bei zu beschaffenden vertretbaren Sachen (Putzendwaaren ꝛc.) tritt es fast ganz zurück. Ob diese vorräthig zum Verkaufe liegen oder, weil der Vorrath ausgegangen, noch schnell anzufertigen sind, ist dem Verkehr meist gleichgültig. Das Geschäft unterliegt daher im Wesentlichen den Regeln des Kaufs[3]). Ist dagegen eine individuell bestimmte, nicht vertretbare Sache zu liefern, so tritt das Arbeitsverhältniß stärker in den Vordergrund. Denn die Lieferung ist den besonderen Bedürfnissen des Bestellers an-

17) Entsprechend dem § 628 Abs. 2 beim Dienstvertrage. S. o. § 260 zu Note 38 und 44 ff.

18) S. o. § 260 Note 46 ff.

19) Ueber den Einfluß des Konkurses, Riezler S. 160.

1) Im Gegensatz zu oben. S. insbes. § 265 Ziff. 2. — Die bloße Lieferung von Zuthaten verändert den Charakter des gewöhnlichen Vertrags nicht. S. daselbst unten § 651 Abs. 2 BGB.

2) Die Römer behandelten das Geschäft als Kauf (Kauf einer anzufertigenden Sache), also ohne Berücksichtigung der geleisteten Arbeit. Vgl. § 4 J. de loc. 3, 24; l. 2 § 1, l. 22 § 2, l. 39 Dig. loc. 19, 2 ꝛc. Dies hing mit ihrer allgemeinen Anschauung über die geringe Bewerthung der Arbeit eines freien Mannes zusammen. Vgl. dagegen bes. Ehrenberg in Jhering's Jahrb. Bd. 27 S. 253 ff.; W. Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht S. 23 u. Cit. Anders schon Preuß. A.LR. I Tit. 11 §§ 925 ff., 956 ff., 973 ff. u. Code Nap. Art. 1711, 1787 ff., während im Sächs. GB. (§ 1244) und I. Entwurf des BGB. eine rückläufige Bewegung stattfand, die aber glücklich überwunden wurde.

3) § 651 Abs. 1 BGB. Also den Regeln oben §§ 211 ff.

zupassen[4]), und wenn sie diesen nicht entspricht, in der Allgemeinheit nicht leicht verwerthbar. Dies bedingt die hauptsächliche Anwendung der Regeln des Werkvertrages, soweit nicht aus der Stofflieferung des Unternehmers ein Anderes folgt.

1. Gemeinsam ist beiden Fällen die Verpflichtung des Unternehmers, die Sache herzustellen, da dies die Vorbedingung ihr demnächstigen Lieferung ist[5]). Außerdem hat er nach der Vollendung die angefertigte Sache dem Besteller zu übergeben und das Eigenthum daran zu verschaffen[6]). Denn hier verwendet der Unternehmer, weil er den Stoff selbst liefert, nicht schon unmittelbar seine Arbeit in das Vermögen des Bestellers, sondern das Resultat der Leistung verbleibt ihm, bis er es durch einen besonderen Akt auf den Besteller überträgt[7]). § 651 Abs. 1 S. 1.

Im Uebrigen ist dann

2. beim Vertrag über die Lieferung einer vertretbaren Sache auch sonst das Kaufrecht maßgebend; so insbesondere hinsichtlich der Fragen nach der Gefahrtragung, der Gewährleistung für Sachmängel und Mängel im Recht des Unternehmers 2c.[8]). Sind (was wohl selten vorkommen wird) Hülfshandlungen des Bestellers erforderlich, so hat der Unternehmer beim Ausbleiben der letzteren die gewöhnlichen Rechte[9]): also weder Anspruch auf Preiszuschläge[10]) noch ein Kündigungsrecht des Vertrages[11]). Nur insoweit er durch die Hinhaltung besonders beschwert wird, läßt sich (unter Berufung auf den muthmaßlichen Parteiwillen) die analoge Anwendung der §§ 642, 643[12]) BGB. behaupten.

4) Die Anfertigung hat nach den für ihn passenden Maßen oder nach seinen besonderen Anweisungen (s. o. § 265 Ziff. 1) zu geschehen. Nicht vertretbar ist daher z. B. ein Anzug nach Maß, eine den besonderen Anforderungen des Bestellers entsprechende Maschine. S. z. B. Entsch. d. RG. Bd. 21 S. 204.

5) Gegen eine Klage auf Herstellung bei vertretbaren Sachen Dernburg § 325 II Ziff. 1.

6) Entsprechend den Regeln beim Kaufe. S. § 433 BGB. u. oben §§ 217, 218 ff.

7) Es findet also ein Austausch des gefertigten Objekts gegen den Lohn statt, der dem Austausch von Waare und Preis beim Kaufe entspricht.

8) S. o. §§ 213, 219, 220 ff. Vor Allem kann der Besteller hier keine Ausbesserung der gelieferten mangelhaften Sachen, sondern gegebenenfalls nur ohne Weiteres Wandelung oder Minderung verlangen. Er hat die Rechte des § 480 BGB.

9) Aus dem regelmäßig vorliegenden Annahmeverzug; — unter Umständen aus dem vertragswidrigen Verhalten des Gegners.

10) S. o. § 266 Ziff. 4.

11) S. o. § 269 Ziff. 2. A. M. z. B. Planck, Oertmann zu § 651. Aber wer Putzendwaaren zu fertigen übernommen hat, ist regelmäßig durch solche Vorkommnisse nicht behindert. Er kann ruhig in seiner anderen Arbeit fortfahren.

12) Mit § 645 BGB.

Aehnlich ist § 645 anwendbar, wenn die Waare in Folge einer vom Besteller für die Lieferung ertheilten besonderen Anweisung untergeht ꝛc.[13]), weil die Anweisung dem Arbeitsprodukt einen individuelleren Charakter gibt — der Vertrag insofern schon in den sub Ziff. 3 besprochenen übergeht.

3. Ist eine nicht vertretbare Sache zu liefern, so gewinnen umgekehrt die Regeln des Werkvertrages die Ueberhand[14]). Ausgeschlossen sind diejenigen über die pfandmäßige Sicherung des Unternehmers, da sie hier keinen Sinn haben[15]). Sonst aber kann der Besteller wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache zunächst nur deren Ausbesserung, nicht sofort Wandelung ꝛc. verlangen[16]). Der Besteller kann die Anfertigung sistiren bevor die Sache vertragsmäßig hergestellt ist: er ist nicht schlechthin zur Abnahme verpflichtet[17]). Verspätung der Lieferung gibt dem Besteller das Kündigungsrecht (§ 636 BGB.) ohne Rücksicht auf Leistungsverzug des Gegners[18]). Und von einer Gefahrtragung des Bestellers ist regelmäßig erst mit der Abnahme resp. dem Annahmeverzug des Bestellers die Rede, es sei denn, daß der Unfall durch die Anweisungen des Bestellers veranlaßt ist[19]) § 651 Abs. 1[20]).

3. Irregulärer Werkvertrag.

§ 271.

Es kommt vor, daß beim Werkvertrage der Besteller (in gewöhnlicher Weise) den Stoff liefert[1]), daneben aber verabredet ist, daß der Unternehmer das Werk auch aus einem anderen Stoffe herstellen darf[2]).

13) S. darüber oben § 268 zu Note 41—42.

14) Nicht den Worten des § 651, aber der Sache nach. S. Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 277 ff. Note 12.

15) Also §§ 647, 648 BGB. (s. o. § 267). Der Unternehmer ist bis zur Ablieferung Eigenthümer!

16) Nach §§ 633 ff. BGB. an Stelle der §§ 459, 460, 462—464, 477—479 eod. Es gilt also im Wesentlichen das oben § 265 Ziff. 5 Gesagte. — In Ansehung der Rechtsgewährleistung, soweit sie praktisch wird, bleibt es bei den Kaufregeln. S. o. § 219.

17) S. §§ 640, 649 BGB. an Stelle des § 433 eod.

18) S. o. § 265 Ziff. 4. — Umgekehrt hat der Unternehmer die Rechte aus §§ 642 ff., von denen schon Ziff. 2 die Rede war.

19) S. §§ 644 ff. BGB. (u. oben § 268) an Stelle der Kaufregeln: § 446 Abs. 1 Satz 1 u. § 447 BGB.

20) Wenn in scheinbarem Gegensatz hierzu der § 381 HGB. auch auf die Herstellung nicht vertretbarer beweglicher Sachen die Regeln des Kaufrechts anwendet, so sind damit nur die wenigen Bestimmungen über den Handelskauf gemeint, welche das Handelsgesetzbuch enthält.

1) S. o. § 265 Ziff. 2.

In diesem Fall kann die Parteiabsicht dahin gehen[3]), daß der vom Besteller gelieferte Stoff mit dessen Uebergabe in das Eigenthum des Unternehmers treten, und im vollendeten Werk dereinst blos „Ebensoviel" zurückgegeben werden solle[4]). Es entstände dann durch die Verabredung ein reiner Werklieferungsvertrag[5]), nur daß dem Unternehmer ein Theil der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen vom Besteller in anderer Form[6]) gewährt würde. Doch ist die Absicht der Eigenthumsübertragung nach der heutigen Verkehrssitte nicht zu unterstellen[7]). Denn der Besteller würde sich dadurch im Verhältniß zu anderen Gläubigern des Unternehmers des Hauptsicherungsmittels berauben, das in seinem fortdauernden Eigenthum am Stoffe liegt[8]).

Vielmehr ist die bei einer solchen Abrede zu unterstellende Parteiabsicht zunächst, daß der Unternehmer die Gefahr des zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung des Stoffes zu tragen habe[9]). Und daneben, daß er gegen anderweitige Herstellung des Werks über den Stoff verfügen kann. Thut er dies, so verliert der Besteller allerdings mit der Verfügung das Eigenthum am Stoffe[10]). Anderenfalls erst durch Abnahme oder Vollendung (§ 646) des aus anderem Stoffe[11]) hergestellten Werkes[12]). In diesem Falle

---

2) Z. B. man gibt einem Goldschmied Gold zur Anfertigung eines Schmuckgegenstandes. Oder es soll Geld versendet werden, wobei es dem Absender nicht auf den Transport der individuellen Geldstücke ankommt, sondern nur auf das Erhalten einer gleichen Summe am Bestimmungsorte. Hierauf beruht das Institut der modernen Postanweisung. S. dazu Mandry-Geib, Civilr. Inhalt der Reichsgesetze § 47 Note 5a u. Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 530 ff.

3) Das Gesetz enthält sich einer besonderen Regelung dieses Falles. S. Mot. Bd. 2 S. 477, Riezler S. 70.

4) Dies war die Auffassung der Römer (wenigstens bei richtigem Verständniß der Quellen). Vgl. l. 31 Dig. locati 19, 2; l. 34 pr. Dig de auro 34, 2. Entsprechend dem gleichen Falle bei der Sachmiethe. S. o. § 240 Note 11.

5) S. o. § 270.

6) In Natur und praenumerando.

7) Sowenig wie bei der Pacht des „eisernen Bestandes" (oben § 240 Note 12) und bei dem sog. „offenen Depot". falls nicht das Gegentheil besonders ausgemacht ist (s. § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB.).

8) Z. B. im Konkurs des Unternehmers hätte er kein Aussonderungsrecht des Stoffes, sondern eine bloße Konkursforderung.

9) Im Gegensatz zur Regel. S. o. § 268 Ziff. I.

10) Nach den Grundsätzen Bd. I § 84. Dann verliert er allerdings auch die Note 8 erwähnte Sicherung. Aber das ist nicht zu umgehen, wenn man überhaupt das Verfügungsrecht will.

11) Weil dieser nach der Parteiabsicht als Surrogat des hingegebenen erscheint.

12) Aber nicht durch vorherigen (internen) Willen des Unternehmers, sich den Stoff anzueignen. — Nur wenn der Unternehmer anderen Stoff zum Werke bereits verwendet hatte und das Werk (ohne Verlust am Stoffe) unausführbar

sind auch die sonstigen Vertragspflichten der Parteien nach den Grundsätzen des einfachen Werkvertrages[13]) zu beurtheilen, wenn nicht erkennbar ist[14]), daß das Werk aus einem anderen als dem vom Besteller gelieferten Stoffe ausgeführt wurde[15]).

C. Vermittelnde Geschäftsbesorgungen.

§ 272.

1. Mäklervertrag*.

Ist eine Geschäftsbesorgung dahin übernommen, im Interesse des Auftraggebers[1]) einen Vertrag mit dritten Personen abzuschließen oder so vorzubereiten, daß der Auftraggeber ihn abschließen kann, so läßt sich von einer vermittelnden Geschäftsbesorgung reden. Aus dem allgemeinen bürgerlichen Recht gehören hierher die Mäkler- und Trödelgeschäfte[2]).

1. Der Mäklervertrag ist eine Abart des Werkvertrages[3]) mit eigenartigen Grundsätzen. Es handelt sich um Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrages oder um die Vermittelung eines Vertragsschlusses zwischen dem Auftraggeber und einem Dritten durch die Bemühungen des Mäklers[4]), wofür letzterem vom Auf-

geworden ist, werden wir annehmen können, daß der Unternehmer sich auch durch Rückgabe dieses Stoffes (als eines tantundem eiusdem qualitatis) befreien kann.

13) §§ 264—269 oben.

14) Die ausschlaggebende Bedeutung dieses Punktes ist noch von Niemanden gehörig gewürdigt.

15) Die Verabredung des Stoffersatzes kann auch nachträglich getroffen werden.

*) Vgl. Riesenfeld in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 36 S. 790, Bd. 37 S. 27, 257, 530, 814; Reuling das. Bd. 40 S. 193; Neubauer, Archiv f. bürg. Recht Bd. 6 S. 1; J. Burchard in d. Verh. d. 24. deutschen Juristentags Bd. 2 S. 235; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 411 ff. — Dernburg §§ 337 ff.; Endemann I § 175; Cosack § 152; Mathiaß I § 124; Enneccerus I § 292.

1) Der Begriff ist in weiterem als dem oben § 253 bestimmten Sinne zu nehmen. Denn die hier in Rede stehenden Verträge sind regelmäßig entgeltlich.

2) Die spezifisch vermittelnde Tendenz haben auch zahlreiche (§ 264 Ziff. 4) hervorgehobene Verträge des Sonder- insbesondere des Handelsrechts: so der Agenturvertrag (s. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 396 ff. u. Immerwahr, Handlungsagenten 1900). Ferner die schon erwähnten Kommissions- und Speditionsgeschäfte. Eine handelsrechtliche Weiterbildung des Trödelvertrages ist das buchhändlerische Konditionsgeschäft. S. u. § 273 Note 7.

3) Ueber den Unterschied der Mäkler von den Agenten s. Crome a. a. O. S. 396 ff., 411 ff. Insbesondere sind die Agenten ständig engagirt, der Mäkler wird nur für den einzelnen Fall thätig.

4) Es ist keine Rede davon, daß der Mäkler den Vertrag selbst (in Ver-

traggeber ein entsprechender Entgelt (Mäklerlohn) zugesichert wird. § 652 BGB.

2. Die Geschäftsbesorgung des Mäklers ist also thatsächlicher, nicht rechtlicher Natur[5]). Sie unterfällt im Allgemeinen den Bestimmungen des § 675 BGB., soweit nicht die Eigenart der Thätigkeit Abweichungen bedingt. Die maßgebenden Bestimmungen sind in §§ 652 ff. BGB., und wenn die Vermittelung gewerbsmäßig betrieben wird, in der Spezialgesetzgebung[6]) enthalten. Der Verkehrssicherheit ist hier[7]) nur durch feste Rechtsnormen zu dienen[8]). Diese gibt neben einigen Kontrolvorschriften der Gewerbeordnung[9]), und abgesehen von den durch das Börsengesetz amtlich bestellten Kursmäklern[10]), das Handelsgesetzbuch für die sog. Handelsmäkler. Dies sind Personen, welche gewerbsmäßig für Andere, ohne von ihnen ständig damit betraut zu sein, Geschäfte über Gegenstände des Handelsverkehrs[11]) vermitteln. §§ 93 ff. HGB. Grundstücks- und Hypothekenmäkler gehören nicht zu den Handelsmäklern[12]). Bei Vermittelungen dieser Art scheidet der Mäkler

---

tretung des Auftraggebers) abzuschließen oder überhaupt beim Abschluß des Vertrages selbst mitzuwirken hat. Davon ist auch die Zahlung des Mäklerlohns nicht abhängig. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 187.

5) S. auch Laband in d. Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 10 S. 193; Puchelt in Busch Archiv f. Handelsrecht Bd. 13 S. 409; Rocholl in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 20 S. 404. Entsch. d. ROHG. Bd. 4 n. 86, Bd. 10 n. 82 ꝛc. Insbesondere ist eine Vollmachtsertheilung mit dem Mäklervertrage nicht verbunden. S. o. Note 4 u. § 252 bei Note 4.

6) Insbesondere im Gewerberecht (vgl. § 35 GewO.) und Handelsrecht. Diese Weiterbildungen sind hier nur andeutungsweise zu berücksichtigen.

7) Wo die Person des Unternehmers oft keineswegs einwandsfrei ist. Dies läßt schon l. 3 Dig. de proxenet. 50, 14 durchblicken und wurde noch im Bericht der Reichstagskommission zum Allg. Theil u. Obligationenrecht (amtl. Ausg.) S. 94 anerkannt.

8) Solche gab zuerst das ehemalige HGB. Art. 66 ff. für die in älterer Zeit allein anerkannten amtlichen Handelsmäkler (oder Sensale), welche eine Art öffentlicher Vertrauensstellung einnehmen und gewissermaßen unparteiisch zwischen den durch ihre Thätigkeit zusammengefundenen Kontrahenten stehen sollten. Doch mußte auch die private Mäklerthätigkeit (die noch das Preuß. A.LR. II §§ 1308 ff. verbot) freigegeben werden. Die Bestimmungen über die Handelsmäkler wurden darauf analog angewandt. Die Vorschriften über die amtlichen Handelsmäkler sind durch die Neuredaktion des Handelsgesetzbuchs beseitigt.

9) S. o. Note 6.

10) Dieselben haben in Ansehung der Kursfeststellung eine öffentliche Funktion und müssen bei jeder Börse, an welcher eine amtliche Feststellung von Börsenpreisen erfolgt, vorhanden sein. Im Uebrigen haben sie die gewöhnliche Rechtsstellung der Handelsmäkler. Vgl. Cosack, Handelsrecht § 74 II Ziff. 6.

11) Ausführliche Aufzählung in § 93 HGB. — Besondere öffentlichrechtliche Pflichten der Handelsmäkler s. bei Crome a. a. O. S. 424 ff. und in den Darstellungen des Handelsrechts. Soweit die dortigen Vorschriften Raum lassen, finden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts auch auf die Handelsmäkler Anwendung.

12) Die Vorschriften des Handelsgesetzbuches finden auf Mäklerverträge des

regelmäßig aus, sobald die zukünftigen Parteien sich gefunden haben. Die Vermittlerthätigkeit beschränkt sich usancemäßig auf den Nachweis der Gelegenheit zum Vertragsabschlusse[13]). Ebenso unterstehen die Gesindemäkler den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, wenn auch vielfach der Landesgesetzgebung. Art. 95 EG.BGB.[14]).

3. Der Mäklervertrag verpflichtet regelmäßig beide Parteien zur Vornahme der wechselseitig zugesagten Leistungen, also sowohl den Mäkler zu der übernommenen Vermittlerthätigkeit, als den Auftraggeber beim Gelingen der Vermittelung zur Zahlung des Mäklerlohns. Irrig wird eine Verpflichtung des Mäklers von Einigen bestritten[15]). Wahr ist nur, daß eine solche Verpflichtung vertraglich ausgeschlossen werden kann[16]) und daß eine Klage auf Vornahme der zugesagten Vermittlerthätigkeit in den seltensten Fällen Erfolg verspricht[17]). Dagegen ist ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Mäkler begründet, wenn er die zugesagte Vermittelung vertragswidrig unterlassen hat[18]). Und aus Verstößen gegen die Vertragspflicht im Einzelnen (Treuepflicht, Diskretionspflicht ꝛc.) ergeben sich unter Umständen wichtige Einwendungen gegen die Zahlung des Mäklerlohns. S. z. B. § 654 BGB.

4. Der Mäkler hat in angemessener, und insbesondere dem Vertrag entsprechender Weise auf das Zustandekommen des zu vermittelnden Geschäftes hinzuwirken, also mindestens

Immobilien- und Hypothekenverkehrs nicht einmal dann Anwendung, wenn die Vermittelung durch einen Handelsmäkler erfolgt. § 93 Abs. 2 HGB. — S. auch noch § 35 A. 3 GewO.

13) Im Sinne § 652 BGB. — Wohingegen der Handelsmäkler die volle Vermittelung des Vertragsschlusses übernimmt. § 93 HGB.

14) Vgl. die Vorschriften über das Gesinderecht oben § 261, und wegen polizeilicher Erlaubniß § 34 A. 1 GewO.

15) So von Reuling a. a. O. S. 193; Burchard S. 289; Riezler, Werkvertrag S. 90. Das Gegentheil habe ich ausführlich in den Partiar. Rechtsgeschäften S. 413—420 dargethan. Dem dort Gesagten ist nichts hinzuzufügen. Zugestimmt haben insbesondere Oertmann vor § 652 Note 3 und neuestens Dernburg § 338.

16) Was unter Umständen (s. o. Bd. I § 86) aus der gesammten Situation zu folgern ist. Die Leistung des Mäklers ist dann, wie man zu sagen pflegt, nicht in obligatione, sondern nur in condicione. Er haftet für Dolus und Delikt. S. Crome a. a. O. S. 416.

17) Sie läßt sich meistens nicht substanziiren, weil keinerlei bestimmte Maßnahmen angegeben werden können, die der Vermittler zur Erfüllung seiner Pflicht ausschließlich vorzunehmen hätte. Er wird sich durch jede von ihm vorgenommene oder projektirte Maßnahme entschuldigen können. Auch wäre ein Zwang praktisch werthlos. — Eine Ausnahme bildet die Selbsteintrittspflicht des Handelsmäklers nach § 95 HGB. Auch diese beweist für ein vertragliches Gebundensein des Mäklers.

18) Ein Anspruch, der insbesondere auch im Wege des § 283 BGB. verfolgt werden kann. So läßt sich das hier und in Note 17 Gesagte verbinden.

a) seinem Auftraggeber einen geeigneten Reflektanten für den beabsichtigten Geschäftsschluß nachzuweisen (Gelegenheitsvermittelung); ferner auch, falls nicht der Auftrag hierauf beschränkt ist,

b) sich um die Herbeiführung des Konsenses zwischen den beiden Reflektanten gewissenhaft und redlich zu bemühen (direkte Vertragsvermittelung). Er hat zu diesem Zwecke das nach Lage der Sache Geeignete zu thun, z. B. die Vorverhandlungen zu führen, etwaige Differenzpunkte zu beseitigen, die beiderseitigen Erklärungen zu übermitteln und eventuell für den Beweis des Geschäftes zu sorgen[19]). Näheres über das Detail läßt sich nicht sagen[20]). Um so wichtiger aber ist die allgemeine Verpflichtung zur Redlichkeit und Treue bei der Vermittelung[21]), die den Umständen nach auch dahin geht, die möglichst vortheilhaften Vertragsbedingungen für den Auftraggeber zu erzielen, auch über die privaten Eröffnungen des letzteren Diskretion zu bewahren[22]) und jedenfalls nicht (der Verkehrsauffassung oder den erkennbaren Intentionen des Auftraggebers zuwider) gleichzeitig die Interessen der Gegenpartei wahrzunehmen[23]).

Der Mäkler haftet bei seinen Verpflichtungen dem Auftraggeber für jedes Verschulden; dem dritten Reflektanten nach allgemeinen Grundsätzen für unerlaubtes Handeln[24]). Für die Zahlungsfähigkeit resp. Kreditwürdigkeit der zugeführten Person steht er ohne besondere Gründe[25])

19) Z. B. für die Beurkundung des Geschäfts. Hierunter fallen auch die Schlußnoten der Handelsmäkler über die von ihnen vermittelten Geschäfte, — der Eintrag in das Tagebuch ꝛc.

20) Soll der Mäkler nach bestimmten Instruktionen handeln, so fällt der Vertrag regelmäßig aus der Kategorie des reinen Mäklervertrags heraus und wird zum Dienst- oder Werkvertrage oder nimmt Bestandtheile des letzteren in sich auf.

21) S. dazu Crome a. a. O. S. 425 ff.

22) S. auch ehemals ausdrücklich Art. 69 Ziff. 5 des alten HGB. Die Verpflichtung folgt aus allgemeinen Grundsätzen, und ist daher als besondere Bestimmung gestrichen.

23) Es handelt sich um eine kontraktwidrige Vertretung kollidirender Interessen durch den Mäkler, die als solche regelmäßig dem Kommittenten verschwiegen sein muß. Vgl. aus der Praxis Seuff. Archiv Bd. 14 S. 380, Bd. 34 S. 296, Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 8 S. 187, Bd. 22 S. 268; Entsch. d. ROHG. Bd. 7 S. 90, Bd. 9 S. 240, Bd. 10 S. 359 u. d. RG. Bd. 4 S. 222; Jur. Wochenschrift 1885 S. 163 ꝛc. — Ob kollidirende Interessen vertreten sind, ist Thatfrage. Oft haben beide Parteien gleichmäßig Interesse am Zustandekommen des Vertrages. Diesem Interesse kann der Mäkler gleichzeitig dienen. So z. B. bei der Gesindevermittelung. Anders wenn der Mäkler zur Erzielung besonders vortheilhafter Bedingungen für die eine Partei bestellt ist und ihm gar zu diesem Zweck vertrauliche Eröffnungen gemacht waren.

24) Delikt! Weiter geht § 98 HGB. für die Handelsmäkler.

25) Verschweigen bekannter Umstände, nachlässige Unkenntniß, Zusicherungen ꝛc. S. Crome a. a. O. S. 436 ff.

nicht ein. Auch um die Ausführung des vermittelten Geschäfts hat sich der Mäkler regelmäßig nicht zu kümmern[26]).

5. Der Auftraggeber ist zur Zahlung des Mäklerlohnes verpflichtet[27]). Und zwar auch ohne besondere Verabredung, wenn die bedungene Mäklerthätigkeit den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten war. In diesem Fall ist mangels besonderer Vereinbarung die übliche resp. taxmäßige Gebühr zu entrichten[28]). § 653. Dagegen hat der Auftraggeber dem Mäkler Aufwendungen[29]) nur dann zu ersetzen, wenn dies neben der Vergütung besonders bedungen ist[30]). In der Regel gelten sie als in der Vergütung inbegriffen. § 652 Abs. 2.

a) Mäklerlohn und Ersatz der Aufwendungen sind aber grundsätzlich nur zu leisten, wenn das beabsichtigte Geschäft durch die Vermittlerthätigkeit des Mäklers zu Stande gekommen ist[31]). § 652. Dazu gehört:

α. Das Geschäft des Auftraggebers mit der zugeführten Partei muß gültig und wirksam sein. So auch wenn sich die Mäklerthätigkeit vertragsmäßig auf den bloßen Gelegenheitsnachweis beschränkte. Bedarf also das vermittelte Geschäft einer besonderen Form[32]), so ist der Mäklerlohn erst verdient, wenn die Form gewahrt wurde[33]). Ist das Geschäft seinem Inhalt nach aufschiebend bedingt, erst wenn die Bedingung eintritt[34]). § 652 Abs. 1. Erweist sich das Geschäft als nichtig oder wird es durch Anfechtung vernichtet, so steht der Forderung des Mäklers eine Einwendung entgegen; eine etwaige Zahlung unter-

26) S. dazu § 97 HGB.

27) Man spricht auch von Kourtage. — Der Lohn braucht hier sowenig wie überall in Geld zu bestehen. Meist besteht er in Prozenten der umgesetzten Werthe. Ueber Gewinnprovision s. Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 480, 485 ff.

28) Entsprechend der gleichen Vorschrift beim Dienst- und Werkvertrage. S. o. § 257 Note 36 ff., § 264 Note 48.

29) Z. B. für Reisen, Porto, Insertionskosten.

30) Noch weniger Schäden, die der Mäkler in Ausübung seiner Vermittlerthätigkeit genommen hat.

31) Also selbst dann nicht, wenn das Hinderniß des Zustandekommens schließlich beim Auftraggeber selbst liegt. Es ist sein Recht, eventuell auch nicht abzuschließen. Es kommen dafür zahlreiche Imponderabilien in Betracht. Zustimmend Rocholl a. a. O. S. 405, Entsch. d. ROHG. Bd. 11 S. 200 u. d. RG. bei Bolze, Praxis Bd. 16 N. 358. Gegentheilige Bestimmung ist zulässig.

32) Z. B. Grundstücksverkäufe nach § 313 BGB. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 230.

33) S. übrigens Entsch. d. RG. Bd. 25 S. 319.

34) S. o. Bd. I §§ 99, 100. Die Vermittelung eines Darlehens ist noch nicht vollzogen durch bloße Vermittelung eines Darlehensvorvertrages (§ 610 BGB.). S. auch Entsch. d. RG. Bd. 39 S. 231.

a) seinem Auftraggeber einen geeigneten Reflektanten für den beabsichtigten Geschäftsschluß nachzuweisen (*Gelegenheitsvermittelung*); ferner auch, falls nicht der Auftrag hierauf beschränkt ist,

b) sich um die Herbeiführung des Konsenses zwischen den beiden Reflektanten gewissenhaft und redlich zu bemühen (*direkte Vertragsvermittelung*). Er hat zu diesem Zwecke das nach Lage der Sache Geeignete zu thun, z. B. die Vorverhandlungen zu führen, etwaige Differenzpunkte zu beseitigen, die beiderseitigen Erklärungen zu übermitteln und eventuell für den Beweis des Geschäftes zu sorgen[19]). Näheres über das Detail läßt sich nicht sagen[20]). Um so wichtiger aber ist die *allgemeine Verpflichtung zur Redlichkeit und Treue* bei der Vermittelung[21]), die den Umständen nach auch dahin geht, die *möglichst vortheilhaften Vertragsbedingungen* für den Auftraggeber zu erzielen, auch über die privaten Eröffnungen des letzteren *Diskretion* zu bewahren[22]) und jedenfalls nicht (der Verkehrsauffassung oder den erkennbaren Intentionen des Auftraggebers zuwider) *gleichzeitig die Interessen der Gegenpartei* wahrzunehmen[23]).

Der Mäkler haftet bei seinen Verpflichtungen dem Auftraggeber für jedes Verschulden; dem dritten Reflektanten nach allgemeinen Grundsätzen für unerlaubtes Handeln[24]). Für die Zahlungsfähigkeit resp. Kreditwürdigkeit der zugeführten Person steht er ohne besondere Gründe[25])

19) Z. B. für die Beurkundung des Geschäfts. Hierunter fallen auch die Schlußnoten der Handelsmäkler über die von ihnen vermittelten Geschäfte, — der Eintrag in das Tagebuch ꝛc.

20) Soll der Mäkler *nach bestimmten Instruktionen* handeln, so fällt der Vertrag regelmäßig aus der Kategorie des reinen Mäklervertrags heraus und wird zum Dienst- oder Werkvertrage oder nimmt Bestandtheile des letzteren in sich auf.

21) S. dazu Crome a. a. O. S. 425 ff.

22) S. auch ehemals ausdrücklich Art. 69 Ziff. 5 des alten HGB. Die Verpflichtung folgt aus allgemeinen Grundsätzen, und ist daher als besondere Bestimmung gestrichen.

23) Es handelt sich um eine *kontraktwidrige Vertretung kollidirender Interessen* durch den Mäkler, die als solche regelmäßig dem Kommittenten *verschwiegen* sein muß. Vgl. aus der Praxis Seuff. Archiv Bd. 14 S. 380, Bd. 34 S. 296, Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 8 S. 187, Bd. 22 S. 268; Entsch. d. ROHG. Bd. 7 S. 90, Bd. 9 S. 240, Bd. 10 S. 359 u. d. RG. Bd. 4 S. 222; Jur. Wochenschrift 1885 S. 163 ꝛc. — Ob kollidirende Interessen vertreten sind, ist Thatfrage. Oft haben beide Parteien gleichmäßig Interesse am Zustandekommen des Vertrages. Diesem Interesse kann der Mäkler gleichzeitig dienen. So z. B. bei der Gesindevermittelung. Anders wenn der Mäkler zur Erzielung *besonders vortheilhafter Bedingungen* für die eine Partei bestellt ist und ihm gar zu diesem Zweck vertrauliche Eröffnungen gemacht waren.

24) Delikt! Weiter geht § 98 HGB. für die Handelsmäkler.

25) Verschweigen bekannter Umstände, nachlässige Unkenntniß, Zusicherungen ꝛc. S. Crome a. a. O. S. 436 ff.

nicht ein. Auch um die Ausführung des vermittelten Geschäfts hat sich der Mäkler regelmäßig nicht zu kümmern[26]).

5. Der Auftraggeber ist zur Zahlung des Mäklerlohnes verpflichtet[27]). Und zwar auch ohne besondere Verabredung, wenn die bedungene Mäklerthätigkeit den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten war. In diesem Fall ist mangels besonderer Vereinbarung die übliche resp. taxmäßige Gebühr zu entrichten[28]). § 653. Dagegen hat der Auftraggeber dem Mäkler Aufwendungen[29]) nur dann zu ersetzen, wenn dies neben der Vergütung besonders bedungen ist[30]). In der Regel gelten sie als in der Vergütung inbegriffen. § 652 Abs. 2.

a) Mäklerlohn und Ersatz der Aufwendungen sind aber grundsätzlich nur zu leisten, wenn das beabsichtigte Geschäft durch die Vermittlerthätigkeit des Mäklers zu Stande gekommen ist[31]). § 652. Dazu gehört:

α. Das Geschäft des Auftraggebers mit der zugeführten Partei muß gültig und wirksam sein. So auch wenn sich die Mäklerthätigkeit vertragsmäßig auf den bloßen Gelegenheitsnachweis beschränkte. Bedarf also das vermittelte Geschäft einer besonderen Form[32]), so ist der Mäklerlohn erst verdient, wenn die Form gewahrt wurde[33]). Ist das Geschäft seinem Inhalt nach aufschiebend bedingt, erst wenn die Bedingung eintritt[34]). § 652 Abs. 1. Erweist sich das Geschäft als nichtig oder wird es durch Anfechtung vernichtet, so steht der Forderung des Mäklers eine Einwendung entgegen; eine etwaige Zahlung unter-

26) S. dazu § 97 HGB.

27) Man spricht auch von Kourtage. — Der Lohn braucht hier sowenig wie überall in Geld zu bestehen. Meist besteht er in Prozenten der umgesetzten Werthe. Ueber Gewinnprovision s. Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte S. 480, 485 ff.

28) Entsprechend der gleichen Vorschrift beim Dienst- und Werkvertrage. S. o. § 257 Note 36 ff., § 264 Note 48.

29) Z. B. für Reisen, Porto, Insertionskosten.

30) Noch weniger Schäden, die der Mäkler in Ausübung seiner Vermittlerthätigkeit genommen hat.

31) Also selbst dann nicht, wenn das Hinderniß des Zustandekommens schließlich beim Auftraggeber selbst liegt. Es ist sein Recht, eventuell auch nicht abzuschließen. Es kommen dafür zahlreiche Imponderabilien in Betracht. Zustimmend Rocholl a. a. O. S. 405, Entsch. d. ROHG. Bd. 11 S. 200 u. d. RG. bei Bolze, Praxis Bd. 16 N. 358. Gegentheilige Bestimmung ist zulässig.

32) Z. B. Grundstücksverkäufe nach § 313 BGB. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 230.

33) S. übrigens Entsch. d. RG. Bd. 25 S. 319.

34) S. o. Bd. I §§ 99, 100. Die Vermittelung eines Darlehens ist noch nicht vollzogen durch bloße Vermittelung eines Darlehensvorvertrages (§ 610 BGB.). S. auch Entsch. d. RG. Bd. 39 S. 231.

liegt der Zurückforderung[35]). Anders, wenn blos eine auflösende Bedingung eintrat oder Wandelung oder Rücktritt vom Vertrage erfolgte[36]).

β. Anderseits muß das zu Stande gekommene Geschäft auf die Thätigkeit des Mäklers zurückzuführen sein. Doch ist der Kausalzusammenhang auch bei der direkten Vertragsvermittelung[37]) regelmäßig schon dann vorhanden, wenn die Parteien durch die Thätigkeit des Mäklers bekannt geworden sind, auch wenn sie danach ohne weitere Benutzung seiner Dienste den Vertrag geschlossen haben[38]). Dagegen fehlt der Zusammenhang, wenn der Vermittler seinem Auftraggeber eine Person zuführt, die letzterer schon kannte[39]). Ebenso wenn die vom Mäkler angebahnten Verhandlungen sich definitiv zerschlagen haben und später das Geschäft durch neues direktes Verhandeln der Parteien zu Stande kam — vorausgesetzt, daß Abbruch und Neuanknüpfung der Verhandlungen nicht zum Zwecke der Umgehung des Mäklers geschah[40]). Endlich hat der Mäkler auch dann keine Ansprüche, wenn dem Auftraggeber beim Geschäftsabschluß die Vermittelung nicht erkennbar war[41]).

b) Bei der Vermittelung von Dienstverträgen (Stellenvermittelung) kann eine bedungene unverhältnißmäßig hohe Mäklergebühr auf Antrag des Schuldners durch das Gericht auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden[42]). Die Herabsetzung erfolgt nach den

35) Wenn auch, mangels Verschulden des Mäklers, nur nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung. S. u. §§ 317 ff. Anders z. B. wenn sich der Mäkler über den Konsens der Parteien schuldhaft geirrt hatte. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 4 S. 412.

36) So mit Recht Oertmann § 652 Note 2a; Dernburg § 339 II Ziff. 1. A. M. Planck § 652 Note 1c. — Ordnungsmäßige Erfüllung des vermittelten Geschäfts hat auf die Rechte des Mäklers regelmäßig keinen Einfluß. S. o. Note 26.

37) S. o. Ziff. 4b.

38) S. Entsch. d. ROHG. Bd. 11 S. 199 u. d. RG. Bd. 6 S. 187 ff.

39) D. h. selbstverständlich: als Reflektanten kannte.

40) S. darüber Crome, Part. Rechtsgesch. S. 434 ff. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 188.

41) Weil er sich dann bei Festsetzung der Geschäftsbedingungen nicht darauf einrichten konnte. S. Crome a. a. O. S. 477 ff. Entsch. d. RG. Bd. 31 S. 289. So insbesondere, wenn die Vermittelung durch dritte Personen stattfand, deren Beziehung zum Mäkler beim Vertragsschluß nicht hervortrat. — Wegen des Anspruchs des Mäklers gegen seinen Substituten s. Entsch. d. RG. Bd. 18 S. 163.

42) Ein Verschulden braucht den Mäkler nicht zu treffen. Solchenfalls gelten die allgemeinen Regeln (z. B. Bd. I § 85). Es handelt sich um eine soziale Schutzvorschrift zu Gunsten der arbeitenden Klassen, die dem Mäkler oft hohe Offerten machen müssen, um eine Stellung zu erhalten. Ebenso bei Bühnenkünstlern ꝛc.

Grundsätzen bei übermäßigen Vertragsstrafen[43]). Nach Entrichtung der Gebühr ist die Herabsetzung ausgeschlossen. § 655.

c) Die für Vermittelung einer Ehe zugesagte Mäklergebühr ist überhaupt nicht einforderbar[44]). Auch nicht in der Form eines anderweitigen Schuldanerkenntnisses oder Schuldversprechens. Nur eine effektive Leistung der Gebühr unterliegt nicht der Zurückforderung[45]). § 656 BGB.

6. Es kommt häufig vor, daß der Mäkler beiden Parteien, die er durch seine Thätigkeit zusammenbringt, Mäklerdienste versprach. Hier liegen zwei Vertragsverhältnisse vor, aus denen der Mäkler also doppelten Lohn[46]) zu fordern hat. Eine solche Doppelvermittelung ist an sich zulässig. Verstößt sie jedoch wider die Vertragspflichten des Mäklers gegenüber der einen oder anderen Partei[47]), so haftet er der benachtheiligten Partei[48]) auf Schadensersatz, und kann selbstverständlich von ihr keine Mäklergebühr und keine Erstattung seiner Aufwendungen verlangen. § 654[49]).

7. Der Mäklervertrag endigt nach den Regeln der Geschäftsbesorgung[50]), daher im Zweifel auch nicht durch den Tod des Auftraggebers[51]). Dagegen hat letzterer sowie auch seine Erben ein freies Widerrufsrecht des Vertrages[52]).

43) S. o. § 178. — Die Uebermäßigkeit kann sich auch aus der Doppelvermittelung ergeben, soweit diese nicht schon an sich unzulässig ist. S. u. Ziff. 6.

44) Unvollkommenes Schuldverhältniß. S. o. § 140. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 46 S. 152, 177. § 656 BGB. beschränkt sich auf Mäklerverträge unter der Herrschaft des neuen Rechts. Die Vermittelung ist nicht allgemein unsittlich. Theilweise a. M. Kohler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 12 S. 317 ff.

45) Der Mäkler hat das Recht der soluti retentio. S. o. § 140 Ziff. 1. — Die Bestimmung wird auch auf Auslagen des Mäklers zu erstrecken sein, da diese nach § 652 Abs. 2 als ein Minus der Vereinbarung erscheinen. Dafür spricht auch der Grund des Gesetzes (Vermeidung der Ehemakellohnprozesse).

46) Anders im Handelsrecht (§ 99 HGB.), weil hier die Doppelvermittelung so sehr die Regel bildet, daß es als belanglos angesehen wird, wer sich zuerst an den Mäkler gewendet hat. Daher haftet er beiden Parteien kontraktlich (s. o. Note 24) und kann nur von jeder Partei die Hälfte des Mäklerlohns verlangen. S. dazu noch Crome a. a. O. S. 430 ff. u. 503 ff.

47) S. o. Ziff. 4 Note 23. Also insbesondere wenn die Unmöglichkeit besteht, die beiden Aufträge nach Treu und Glauben im wohlverstandenen Interesse der beiden Auftraggeber auszuführen.

48) Also auch eventuell beiden Auftraggebern zugleich.

49) Die (von der Reichstagskommission eingeschaltete) Bestimmung des § 654 folgt aus allgemeinen Grundsätzen. S. Crome a. a. O. S. 428 Note 46. — Den Beweis des kollidirenden Interesses hat der Auftraggeber zu führen, der seine Zahlungspflicht ablehnt oder den Schadensersatz verlangt.

50) S. o. § 252 Ziff. V.

51) S. auch Entsch. d. RG. Bd. 47 S. 253 ff.

52) Arg. Note 31 oben. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 22 S. 380. — Der Mäkler kann nur nach den Regeln des Auftrags resp. der verschiedenen Lohnverträge kündigen.

§ 273.

2. Trödelvertrag*.

Ein von den neueren Gesetzen nicht erwähnter eigenartiger Vertrag ist das Vertrödeln von Sachen. Es steht dem Mäklervertrag und der Verkaufskommission[1]) nahe[2]). Vom Mäklervertrag unterscheidet es sich dadurch, daß der Trödler eine Rechtshandlung[3]) vornehmen soll: er soll die zu vertrödelnden Sachen verkaufen oder wenigstens als Selbstkäufer derselben eintreten[4]). Von der Verkaufskommission unterscheidet sich das Geschäft vor Allem dadurch, daß dem Kommittenten über die näheren Bedingungen des vollzogenen Verkaufs nicht Rechnung abzulegen ist. Der Trödelvertrag ist ein Pauschalgeschäft. Es wird von vornherein eine feste Summe[5]) aufgestellt, die mangels Rückgabe der Sache vom Trödler zu entrichten ist. Im Uebrigen kann dieser die Sache zu beliebigem Preise verkaufen: der etwaige Gewinn ist für ihn. Ein solcher Gewinn wird geradezu bei dem Geschäft in's Auge gefaßt. Er dient als Vergütung für die Bemühungen des Trödlers und seine etwaigen Auslagen. Gleichzeitig liegt darin für den Trödler ein Ansporn zur Ausführung des Verkaufes. Denn da die Bemühungen des Trödlers um den Verkauf an sich kaum kontrolirbar, geschweige denn erzwingbar sind[6]), so ist die Aussicht des letzteren auf Erzielung eines höheren Verkaufspreises, der ihm verbleibt, das beste Mittel zur Erreichung des Vertragszwecks. Im Uebrigen untersteht das Geschäft der besonderen Abmachung der Parteien[7]) und den allgemeinen Regeln des Schuldrechts.

---

*) Vgl. Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht (1851) S. 1; Brinz, Krit. Bl. (1852) S. 1 u. die Diss. v. Lipp (1880); Friedrichs (1890); Liebert (1890); Cohn (1890) u. Glum (1892).

1) S. o. § 264 zu Note 31.

2) Während es mit der Miethe (mit der Cosack § 138 es zusammenbringt) wirthschaftlich nichts zu thun hat. Das eigene Ingebrauchnehmen der Sache ist dem Trödler ebensowenig erlaubt, wie er dafür den Preis zahlt. Die übernommene Aufgabe des Trödlers ist eine Geschäftsbesorgung.

3) Im Gegensatz zu oben § 272 Note 5.

4) Entsprechend dem Selbsteintritt des Kommissionärs in das ihm aufgegebene Geschäft.

5) Oder sonstige Vergütung.

6) Aehnlich wie beim Mäkler (s. o. § 272 bei Note 17).

7) Unter Berücksichtigung der Ortssitte. — Bei gewerblichem Betrieb gibt § 35 GewO. einige Kontrollvorschriften. Doch bezieht sich das Trödelgeschäft keineswegs (wie nach jener Bestimmung und dem gewöhnlichen Sprachgebrauch anzunehmen) blos auf geringwerthige oder gebrauchte Sachen. Die wahre Bedeutung des Vertrags drückt die röm. Bezeichnung: contractus aestimatorius weit

Die gewöhnlichen Bedingungen sind folgende.

1. Der Auftraggeber[8]) gibt eine Sache dem Trödler[9]) unter einer Taxe, mit der Verpflichtung, nach gewisser Zeit[10]) entweder die Sache selbst in gutem Zustande zurückzugeben oder die Taxsumme zu leisten. Daß der Auftraggeber Eigenthümer der Sache sei, ist zur Gültigkeit des Vertrages nicht erforderlich[11]).

2. Dem Trödler wird die Befugniß gegeben, über die Sache zu verfügen[12]), insbesondere sie zu verkaufen. Bis dies geschehen ist, behält der Auftraggeber nach heutiger Verkehrsauffassung das Eigenthum der Sache[13]) und kann sie daher im Konkurs des Trödlers aussondern. Der Auftraggeber verliert das Eigenthum der Sache erst in dem Augenblick, da der Trödler sie entweder auf einen Dritten überträgt[14]) oder sie selbst zu kaufen erklärt[15]) resp. statt der Sache die Taxsumme leistet[16]).

3. Kommt es zur Rückgabe der Sache, so haftet der Trödler nach allgemeinen Grundsätzen nur für Verschulden[17]), ebenso wenn die Rückgabe ohne Verkauf der Sache unmöglich wird; es sei denn daß der Trödler Zufälle übernahm[18]) oder das Einstehen für solche usuell ist. S. §§ 275, 276 BGB. Ist das Eigenthum der Sache auf den Trödler oder einen Dritten übergegangen[19]), so wird die Taxsumme absolut verschuldet. § 279 eod.

---

besser aus. Eine handelsrechtliche Weiterbildung ist das buchhändlerische Konditionsgeschäft (wofür besonders die Bestimmungen der Buchhändler-Verkehrsordnung zur Anwendung kommen).

8) S. o. § 272 Note 1.

9) Der Vertrag ist auch heute regelmäßig wenn auch nicht mehr nothwendig (wie im röm. Recht) Realvertrag.

10) Die Zeit kann bestimmt oder unbestimmt sein. Letzterenfalls folgt aus allgemeinen Grundsätzen, daß der Kommittent nach angemessener Frist kündigen kann.

11) Inwiefern er sich zufolge Mangels im Rechte an der Sache dem Trödler haftbar macht, ist eine andere Frage. Der Kommittent steht in dieser Hinsicht ungefähr wie ein Verkäufer.

12) S. o. Bd. I § 84.

13) Aus denselben Gründen wie bei der irregulären Werkverdingung, s. o. § 271 zu Note 7 ff. — Vorausgesetzt ist dabei immer der regelmäßige Fall, daß der Kommittent Eigenthümer war.

14) Geräth er dann vor Zahlung der Taxsumme in Konkurs, so hat der Kommittent allerdings nur eine Konkursforderung. Diese Gefahr ist nicht zu vermeiden.

15) Eine solche Erklärung ohne gleichzeitige Zahlung der Taxsumme wird allerdings unpraktisch (s. die vorige Note) und selten sein.

16) Dabei bedarf es keiner weiteren Erklärung.

17) Z. B. wegen Verschlechterung der Sache.

18) In dem bloßen Erbitten von Sachen zum Vertrödeln liegt eine derartige Uebernahme nach heutiger Auffassung zweifellos nicht.

19) Nach Ziff. 2 oben.

4. Der Anspruch gegen den Trödler[20]) geht zunächst alternativ auf die Sache oder den festgesetzten Taxpreis[21]). Wird die Sache nicht zurückgegeben[22]), unbedingt auf den letzteren. Von der Verpflichtung der Preiszahlung kann sich der Trödler dann nur durch den Nachweis befreien, daß die Sache durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand untergegangen sei[23]).

IV. Verlagsvertrag*.

§ 274.

Auch im Verlagsvertrag handelt es sich um eine Uebernahme von Arbeiten bestimmter Art, und zwar von Seiten beider Parteien: des Verfassers eines schriftstellerischen, musikalischen oder sonst zur buchhändlerischen Vervielfältigung geeigneten Werks[1]) und des Verlegers d. i. desjenigen, der diese Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes übernimmt. Der Verlagsvertrag ist durch das Reichsgesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901 näher geregelt[2]).

In diesem Vertrag verpflichtet sich der Verfasser[3]), sein Werk dem Verleger zur Vervielfältigung und Verbreitung zu überlassen, und zwar selbstverständlich in einer dazu geeigneten Gestalt und Form[4]);

20) In dem oben Note 10 angegebenen Zeitpunkt.

21) Nach den Regeln der Wahlschuld oben § 153.

22) Oder bei der schließlich dem Auftraggeber zustehenden Exekution nicht mehr vorgefunden.

23) S. o. nach Note 17. Der Untergang muß (arg. bei Note 19) zur Zeit, da der Auftraggeber noch Eigenthümer war, stattgefunden haben.

*) Vgl. O. Wächter, Verlagsrecht (1857 ff.) bes. § 21; Klostermann, Das geistige Eigenthum (1867) I § 28 ff. u. Urheberrecht (1876) S. 144 ff.; Schürmann, Organisation u. Rechtsgewohnheiten des deutschen Buchhandels (1880 ff.) u. Rechtsverhältnisse der Autoren u. Verleger (1889); Voigtländer, Der Verlagsvertrag (1889), Verlagsrecht (2. Aufl. 1893); Kirchheim, desgl. (1895) u. A. S. auch Birkmeyer, Die Kodifikation des Verlagsrechts (1901) u. die Kommentare des RG. v. 19. Juni 1901.

1) Das Institut ist neu wie die mechanische Vervielfältigungskunst; — in Deutschland zunächst durch Gewohnheitsrecht und in den Partikularrechten ausgebildet. Letztere hat noch Art. 76 EG.BGB. aufrecht erhalten. Dieser Artikel ist durch das cit. Reichsgesetz gegenstandslos geworden. Die bisherigen partikularen Bestimmungen sind aufgehoben.

2) In Betracht kommen Werke der Litteratur oder der Tonkunst, einschließlich der darin enthaltenen Abbildungen.

3) Oder sein Erbe, der Cessionar des Urheberrechts (§ 413 BGB. u. oben § 197 Note 3, auch Bd. I § 30 i. f. 2c. § 48 d. Ges. v. 9. Juni 1901). Es gibt auch einen Verlagsvertrag an Werken, an denen kein Urheberrecht besteht. Siehe §§ 39 ff. d. Ges. u. unten Note 17. Wir reden der Kürze halber stets nur vom „Verfasser".

4) Was dazu gehört, beurtheilt sich nach den Umständen und den gewöhnlichen für Werke der betreffenden Art bestehenden Anforderungen. S. § 10 d. Ges. v. 19. Juni 1901.

der Verleger verpflichtet sich zu der Vervielfältigung und Verbreitung. Und zwar in der allgemein üblichen geschäftlichen Weise[5]), in eigenem Namen[6]) und auf eigene Rechnung[7]). § 1 d. Ges. Eine Vergütung ist dem Geschäft nicht wesentlich. Sie hängt von dem voraussichtlichen Gewinn der Unternehmung ab. Es kann der Urheber vom Verleger ein sog. Honorar erhalten[8]), sei es ein von vornherein festes, oder nach Eintritt gewisser Bedingungen[9]). Es kann auch der Verfasser an dem Gewinn aus der Verbreitung betheiligt werden[10]). Oder es kann umgekehrt der Verfasser dem Verleger noch zuzahlen[11]). Mit der Vervielfältigung und Verbreitung verfolgt also nur der Verleger in erster Linie Gewinnzwecke. Der Verfasser verfolgt regelmäßig zunächst ideelle Interessen und nur unter Umständen Gewinn. Daraus ergibt sich, daß der Verleger zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werks auch dann verpflichtet ist, wenn diese weder für ihn noch für den Urheber Gewinn abwirft[12]). Auch ohne Honorarberedung liegt also ein gegenseitiger Vertrag vor.

Verlagsgeschäfte werden von Seiten des Verlegers meistens gewerbs-

---

5) S. dazu § 14 d. Ges.

6) Besorgt Jemand die Vervielfältigung oder Verbreitung des Werks im Namen des Autors, so thut es der Autor selbst (durch Stellvertreter: s. o. Bd. I §§ 103 ff.). Sog. „Selbstverlag", der kein Verlagsvertrag ist.

7) Soll die Vervielfältigung und Verbreitung auf Rechnung des Urhebers gehen, so liegt ein Kommissionsgeschäft, der sog. „Kommissionsverlag" vor. Von diesem handelt das RG. v. 19. Juni 1901 nicht.

8) § 22 des Ges. v. 19. Juni 1901 stellt wieder den den §§ 612, 632 ꝛc. BGB. entsprechenden Satz auf, daß eine Vergütung als stillschweigend vereinbart anzusehen ist, wenn die Ueberlassung des Werks *den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten war*, und daß, mangels erfolgter Bestimmung der Höhe, eine *angemessene* Vergütung in Geld als vereinbart anzusehen ist. Die „Umstände" bestimmen sich hier nach dem Text, liegen aber nicht nur in einer diesbezüglichen Beurtheilung des Werks, sondern ebensosehr im Renommee des Autors und eventuell seiner Berufsstellung.

9) Insbesondere eines vom Verleger aus der Vervielfältigung und Verbreitung gemachten bestimmten Gewinnes.

10) Partiarische Gestaltung des Verlagsvertrags. S. darüber Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte (1897) S. 467 ff., 485 ff.

11) Sei es in Gestalt einer Vergütung für die Vervielfältigung und Verbreitung, oder in der Form, daß der Autor die Herstellungskosten übernimmt.

12) Ebensowenig kann er sich durch Zahlung des bedungenen Honorars von der Pflicht zur Vervielfältigung und Verbreitung befreien. Doch ist die Verabredung nicht ausgeschlossen, daß der Verleger *nur das Recht* und nicht die Pflicht der Vervielfältigung haben soll. — Etwas ganz anderes ist es, wenn *ein Verleger einen Schriftsteller oder Künstler mit der Herstellung eines selbst projektirten Werkes betraut*. Hier liegt ein Werkvertrag vor (s. o. § 264 Ziff. 4 bei Note 21) und der, welcher die Herstellung übernahm, hat an dem Werk nach dessen Ablieferung im Zweifel kein Recht auf Vervielfältigung und Verbreitung. § 47 d. Ges.

mäßig abgeschlossen. Der Verleger wird dadurch zum Kaufmann, und das Geschäft ist Handelsgeschäft. § 1 HGB.[13]). Dennoch steht der Vertrag auch mit dem allgemeinen bürgerlichen Rechte in Verbindung[14]).

1. Der Verlagsvertrag enthält keine Abtretung des Urheberrechts an den Verleger. Der Vertrag ist zunächst ein solcher über Handlungen, nach Art des Dienst- und Werkvertrages[15]). Daher kann auch über fremde Geistesprodukte ein Verlagsvertrag abgeschlossen werden[16]), ingleichen über solche, an denen ein Urheberrecht nach unseren Gesetzen nicht besteht[17]). — Hat aber der Verfasser an dem in Verlag gegebenen Werke ein Urheberrecht, so folgt das Gesetz von 1901 der strengeren Auffassung, derzufolge der Verlagsvertrag sich[18]) nicht auf einfache Handlungsbefugnisse und -pflichten der Parteien beschränkt, deren Verletzung (z. B. durch Veräußerung des Urheberrechts an einen Dritten) nur eine Unmöglichkeit der Leistung von Seiten des Verfassers und entsprechende Schadensersatzpflicht erzeugt, — sondern der Verleger soll die ihm durch den Vertrag begründeten Rechte auf Vervielfältigung und Verbreitung auch gegen Dritte verfolgen können[19]). Zu diesem Zwecke wird aber nicht das Urheberrecht ganz oder theilweise durch den Verlagsvertrag auf den Verleger übertragen[20]), sondern das Gesetz begnügt sich

a) zunächst mit einer Verfügungsbeschränkung des Verfassers. Letzterer hat sich während der Dauer des Vertragsverhält-

---

13) S. insbes. daselbst Ziff. 8 und § 348 HGB.

14) Diese ergibt sich schon aus der Verbindung mit dem Urheberrechte.

15) Ebensowenig ist es ein Verkauf der Handschrift (des Manuskripts). Diese kann der Urheber nach Beendigung des Vertrags zurückverlangen. Er verliert daran nicht sein Eigenthum.

16) Wobei eine andere Frage ist, inwiefern dadurch eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Verleger entsteht, wenn die Weiterverbreitung des Erzeugnisses als Nachdruck verfolgt und untersagt wird.

17) S. o. Note 3. Z. B. an einem alten Klassiker oder einem aufgefundenen alten Manuskript. — Zum Wesen des Verlagsvertrags gehört daher nicht unbedingt, daß der Verleger gegen Vervielfältigung und Verbreitung desselben Gegenstands von dritter Seite geschützt sei.

18) Gleich der Miethe. S. o. §§ 242 ff.

19) Nur dadurch wird der Billigkeit und dem sozialen Interesse gedient, da der Verleger zur Vervielfältigung des Werks oft erhebliche Kosten aufgewendet hat, deren Beitreibung im Ersatzwege nicht immer möglich und für die Interessen des Verlegers ausreichend ist.

20) In den Materialien des Gesetzes v. 19. Juni 1901 ist mehrfach davon die Rede, daß der Verlagsvertrag sich nicht auf die Begründung eines obligatorischen Verhältnisses zwischen Verfasser und Verleger beschränke. Damit soll ausgedrückt werden, daß sich die Wirkung in gewisser Hinsicht auf dritte Personen erstreckt. Ein dingliches Recht wird dadurch aber um so weniger begründet, als nicht einmal das Urheberrecht ein dingliches Recht ist. S. o. Bd. I § 30 i. f.

nisses jeder Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes zu enthalten[21]), wie sie auch dritten Personen (ihm gegenüber) auf Grund des Urheberrechts untersagt ist. § 2 Abs. 1 d. Ges. Der Umfang des Verbots richtet sich nach dem Inhalt des Verlagsvertrags. Denn dieser ist es, welcher über den Umfang des an den Verleger vergebenen Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechtes bestimmt. Der Umfang ist regelmäßig bestimmt begrenzt. So bezieht sich der Vertrag meist nur auf eine Auflage. § 5. Auflage ist die Gesammtzahl der von einem Satze des Werkes (in beweglichen Lettern 2c.) auf einmal abgezogenen Exemplare. Die Zahl der Abzüge wird im Vertrage bestimmt; subsidiarisch bestimmt sie das Gesetz[22]). Ist die Auflage erschöpft[23]), so hört die Verfügungsbeschränkung des Verfassers[24]) wieder auf[25]), falls der Vertrag nicht für mehrere Auflagen geschlossen ist[26]).

Auch in anderen Beziehungen ist die Verfügungsbeschränkung des Verfassers keine absolute. So hat er regelmäßig[27]) auch während der Dauer des Vertragsverhältnisses die Befugniß zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werks in einer anderen Sprache oder anderen Mundart; ferner unter Veränderung der dramatischen Form in eine Erzählung oder der erzählenden Form in die eines Bühnenwerkes; für Werke der Tonkunst auch in einer Bearbei-

---

21) Der Verleger ist nicht blos auf Schadensersatz wegen Vertragsbruchs beschränkt, sondern kann dem Verfasser die Vornahme derartiger Akte untersagen resp. sie verhindern, in derselben Weise wie auch der Autor sie unbefugten Dritten untersagen resp. sie verhindern kann. § 9 Abs. 2 d. Ges. S. noch unten lit. b.

22) 1000 Abzüge oder weniger gemäß einer vor der Vervielfältigung dem Verfasser gegenüber abgegebenen Erklärung des Verlegers. § 5 Abs. 2 d. Ges. Dazu kommen noch die üblichen Zuschuß- und Freiexemplare. § 6.

23) Was auch durch Aufkaufen der Auflage durch den Urheber geschehen kann. Der Verleger kann dies nicht hindern. — Anderseits ist auch die Auflage erschöpft, wenn der Verleger alle Exemplare fest (nicht blos konditionsweise) an Sortimenter verkauft hat. Das Werk braucht also nicht bereits im Handel vergriffen zu sein.

24) Jedoch darf der Verleger, wenn Abzüge auf dem Lager untergegangen sind, solche durch neu herzustellende Exemplare ersetzen. Er hat jedoch vorher dem Verfasser Anzeige zu machen. Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme (gegen Kollusionsgefahr)! Die Verfügungsbeschränkung des Verfassers hört solchenfalls erst nach Erschöpfung der ergänzten Auflage auf. § 7 d. Ges.

25) Handelt es sich um Beiträge zu einem Sammelwerke, für die dem Verfasser ein Anspruch auf Vergütung nicht zusteht, so ist die anderweitige Verwerthung schon zulässig, wenn seit dem Ablauf des Kalenderjahres, in welchem der Beitrag erschien, ein Jahr verstrichen ist. § 3 d. Ges.

26) Hier bis die dem Verleger bewilligte Zahl von Auflagen (s. o.) vergriffen ist. Ueber die sonstigen Endigungsgründe des Verhältnisses s. u. Ziff. 4.

27) Mangels anderweitiger Bestimmung im Vertrage. Die gesetzlichen Vorschriften sind dispositiv.

tung[28]), soweit diese nicht ein bloßer Auszug oder Uebertragung in eine andere Tonart oder Stimmlage ist. Endlich ist der Verfasser stets nach längerer Zeit zu einer Herausgabe einer Gesammtausgabe seiner Werke ohne Rücksicht auf ältere Verlagsverträge befugt[29]). Die Aufnahme eines Werks in die Gesammtausgabe[30]) hängt heutzutage davon ab, daß seit dem Ablauf des Kalenderjahrs, in welchem das Werk erschienen ist, 20 Jahre verstrichen sind. § 2 Abs. 2 u. 3.

b) Soweit der Verfasser sich hiernach der kollidirenden Vervielfältigung und Verbreitung des in Verlag gegebenen Werkes gegenüber dem Verleger zu enthalten und sie dem letzteren zu gestatten hat[31]), ist er, soweit sich nicht aus dem Vertrag ein Anderes ergibt[32]), verpflichtet, ihm für die Dauer des Verhältnisses[33]) das ausschließliche Recht zu dieser Vervielfältigung und Verbreitung zu verschaffen[34]). § 8. Dieses ausschließliche Verwerthungsrecht des Werkes durch Vervielfältigung und Verbreitung nennt man das Verlagsrecht. Es ist kein Stück des (beim Verfasser verbleibenden) Urheberrechts[35]), sondern ein qualitativ davon verschiedenes Recht beschränkten Inhalts und von ausschließlich vermögensrechtlichem Charakter[36]). Der Inhalt geht auf ent-

---

28) Z. B. Orchesterwerke in Klavier und umgekehrt, Gesangskompositionen in Instrumentalkompositionen, Potpourris u. dgl.

29) Anderseits darf der Verleger ein ihm zur Vervielfältigung und Verbreitung überlassenes Einzelwerk nicht für eine Gesammtausgabe verwerthen, soweit eine solche Verwerthung nicht während der Dauer des Urheberrechtes einem Jeden freisteht. S. dazu §§ 19 ff. RG. betr. das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Tonkunst v. 19. Juni 1901.

30) Umgekehrt darf der Verleger einer Gesammtausgabe oder überhaupt eines als solchen in Verlag gegebenen Sammelwerks, dieses oder einzelne Theile desselben nicht für eine Sonderausgabe verwerthen, soweit derartiges nicht während der Dauer des Urheberrechtes einem Jeden freisteht. S. § 4 d. Ges.

31) Worüber nach dem Obigen der nähere Inhalt des Verlagsvertrags entscheidet. Auf dem Boden des letzteren allein entsteht das vom Gesetz entwickelte „Verlagsrecht".

32) Dies betont § 8 d. Ges. ausdrücklich. Vgl. oben Noten 31 und 26.

33) S. o. Noten 27 und 31.

34) Auch dies ist eine obligatorische Verpflichtung, nicht anders als die Verschaffungspflicht des Eigenthums einer verkauften Sache oder eines verkauften Rechts. S. § 433 Abs. 1 BGB. u. oben § 218 (es handelt sich, wie dort um eine Verpflichtung aus dem Kauf, so hier um eine solche aus dem Verlagsvertrage). Wie dieser Pflicht genügt wird, ist eine andere Frage. Beim Kauf wird ihr genügt durch Uebereignung der Sache resp. Cession des verkauften Rechts 2c. Hier ist ein besonderer Rechtsakt gar nicht erforderlich. S. bei und in Note 37.

35) Sowenig wie die Uebertragung einer im Eigenthumsrecht liegenden Befugniß (z B. der Benutzung, Veräußerung, Vernichtung der Sache) nothwendig die Uebertragung des Eigenthums ganz oder zum Theil enthält.

36) Entsprechend dem oben nach Note 11 Gesagten.

sprechende Ausübung der im Urheberrecht liegenden Vervielfältigungs- und Verbreitungsbefugniß[37]) durch den Verleger. Für die rechtliche Möglichkeit dieser Ausübung im vollen vertragsmäßigen Umfang hat der Verfasser dem Verleger zu stehen, und haftet deshalb auf Gewährleistung[38]). Anderseits kann er auch nach dem Abschluß des Verlagsvertrags sein Urheberrecht auf einen Dritten übertragen, wenn er nur dafür Sorge trägt, daß sein Rechtsnachfolger die Befugnisse des Verlegers respektirt[39]).

c) Aber auch gegen Vertragsbruch soll der Verleger geschützt werden[40]), und darauf spitzt sich die neuere Entwickelung des „Verlagsrechts" zu[41]). Wie der Kauf die Miethe nicht bricht, so soll auch die (freiwillige oder zwangsweise) Veräußerung des Urheberrechts am Werke den über dasselbe geschlossenen Verlagsvertrag nicht brechen; m. a. W. der Verleger die ihm inhalts desselben zustehenden Befugnisse nicht blos gegen den Verfasser, sondern auch gegen den weiteren Erwerber des Urheberrechts[42]) durchsetzen können. Ja sogar gegen jeden Dritten, der die Rechte des Verlegers, wenn auch unbefugterweise verletzt oder gefährdet! In dieser Hinsicht geht das Gesetz erheblich weiter als bei der Miethe. Es verfügt nicht blos den Eintritt gewisser am Vertragsgegenstand berechtigten Personen in den Verlagsvertrag, sondern eröffnet dem Verleger die Befugniß, die zum Schutze des

---

37) Weil es sich nur um die Uebertragung der Ausübung gewisser im Urheberrecht liegenden Befugnisse, nicht um eine totale oder partielle Uebertragung des Urheberrechts selbst handelt, finden die Grundsätze der Cession (§ 413 BGB.) darauf keine Anwendung. Das Verlagsrecht entsteht von selbst mit Ablieferung des Werks an den Verleger, und dauert dann bei ihm bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses. § 9 Abs. 1.

38) Diese Gewährleistung ist ihrem Charakter nach eine solche für Mängel im Rechte des Verfassers. S. u. Ziff. 3a.

39) Die betreffenden Vorbehalte des Verfassers in dem mit dem Dritten geschlossenen Abtretungsvertrage über das Urheberrecht sind gegenüber dem Verleger wirksam. Das Verhältniß ist ähnlich wie in § 578 BGB. bei Veräußerung der Miethsache. Der Erwerber muß die Rechte des Verlegers (wie dort diejenigen des Miethers) respektiren; ja er kann in den ganzen Verlagsvertrag eintreten also z. B. auf die noch nicht verfallenen Honorarsätze berechtigt werden.

40) Also wenn der Verfasser bei Uebertragung des Urheberrechts an einen Dritten die Befugnisse des Verlegers nicht vorbehält. Dem stehen die Fälle gleich, wenn das Urheberrecht dem Verfasser im Wege der Zwangsvollstreckung entzogen und einem Dritten übertragen wird, oder wenn der Verfasser in Konkurs geräth.

41) Insbesondere die Entwickelung dieses Begriffes, der heillose Verwirrung anzurichten droht. Um letzterer zu entgehen, ist der Zweck seiner Erfindung ebensosehr im Auge zu behalten, wie daß dieses Recht ausschließlich auf dem Verlagsvertrage beruht.

42) S. o. Note 40.

Urheberrechts gegebenen Rechtsbehelfe[43]) im eigenen Interesse auszuüben, soweit der Schutz des Verlagsrechts dies erfordert. § 9 Abs. 2. Der Verleger ist also zum Schutz seines vertraglichen Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechts zur Ausübung der passenden Schutzmittel des Urheberrechts legitimirt[44]), auch wenn deren Geltendmachung im Verlagsvertrag nicht vorgesehen ist[45]). Er kann mittelst derselben jedes Verhalten unterdrücken, welches seine vertragsmäßigen Rechte beeinträchtigt; gleichviel ob die Störung vom Verfasser selbst[46]), einem Rechtsnachfolger desselben[47]) oder einem Dritten[48]) ausgeht. Gleichgültig ist auch, ob es sich um solche Maßnahmen handelt, die der Verleger selbst kraft des Verlagsvertrags nicht anwenden dürfte[49]).

2. Die dem Verleger durch den Verlagsvertrag begründeten Rechte sind auch auf dritte Personen übertragbar. Es handelt sich um das nach dem Inhalt des Vertrags begründete Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung des in Verlag gegebenen Werkes; und eine Abtretung dieses Rechts ist an sich vollkommen zulässig[50])[51]). Die Uebertragbarkeit wird auch durch die wirthschaftlichen Interessen des Verlegers gefordert, namentlich wenn derselbe sein ganzes Geschäft aufgeben[52])

---

43) Von diesen handelt jetzt das Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Tonkunst v. 19. Juni 1901 §§ 36 ff. ausführlich. Es sind nicht blos die civilrechtlichen Ansprüche gemeint, sondern auch z. B. die Befugniß zur Beantragung der Strafverfolgung, Vernichtung der Nachdrucksexemplare ꝛc.

44) Als procurator in rem suam. Das Gesetz spricht auch hier ausdrücklich nur von der Befugniß zur Ausübung der Rechte des Verfassers; nicht vom Erwerb dieser Rechte oder eines Theiles derselben durch den Verleger.

45) Vielmehr ist dies kraft Gesetzes stillschweigend selbstverständlicher Vertragsinhalt. Aber keineswegs ein zwingender! Die Ausübung kann im Vertrage ausgeschlossen sein.

46) Die Rechtsbehelfe des Urheberrechts gegen Nachdruck ꝛc. richten sich auch gegen den Verfasser. Der Verleger kann z. B. die Strafverfolgung gegen den Verfasser und die Vernichtung der Nachdrucksexemplare beantragen; ist also keineswegs auf die aus dem Verlagsvertrag unmittelbar entspringenden Untersagungs- und Entschädigungsansprüche beschränkt.

47) S. o. Noten 40, 42.

48) Z. B. wenn ein gänzlich Unberechtigter Nachdruck verübt. Der Verleger braucht nicht zu warten, ob der Verfasser gegen denselben vorgeht.

49) Denn darum beeinträchtigen sie ihn gegebenenfalls nicht minder. Und wenn sie ihn beeinträchtigen, kann er sie mit den Rechtsmitteln des Urhebers unterdrücken. So z. B. wenn ein Dritter unzulässigerweise Theile des Verlagsobjekts in ein Sammelwerk aufnimmt. S. o. Note 29.

50) Aus denselben Gründen wie die Abtretung des Gebrauchsrechts aus der Miethe. S. o. § 241 Note 2, § 198 Ziff. 1.

51) Ebensowenig besteht ein Zweifel, daß der Verfasser seine Rechte aus dem Verlagsvertrage (z. B. auf das Honorar) einem Anderen abtreten kann.

52) Der Verkauf des Geschäfts wäre geradezu unmöglich gemacht, wenn die Genehmigung sämmtlicher Autoren resp. deren Erben dazu einzuholen wäre.

oder sich auf Werke eines bestimmten Faches beschränken will[53]). Auf der anderen Seite ist der Verlagsvertrag für den Verfasser ein Vertrauensverhältniß. Von der Energie, Geschäftskenntniß, und nicht zum Wenigsten auch von dem Rufe des Verlegers hängt die Gangbarkeit des Werks und damit der Erfolg der Publikation ab. Nicht Jedem würde der Verfasser dieselbe anvertrauen[54]). Zwischen dem beiderseitigen Interessenstandpunkt hatte das Gesetz zu vermitteln. Dies geschieht einmal in der Weise, daß die Abtretung der Verlegerrechte durch besondere Vereinbarung der Parteien[55]) ausgeschlossen werden kann[56]). Fehlt eine solche Vereinbarung, so ist die Abtretung *sämmtlicher Verlagsartikel zugleich*[57]) auf einen Anderen schlechthin zulässig — die Abtretung des Verlags *einzelner Werke nicht ohne Zustimmung des Verfassers*. Doch kann der Verfasser seine Zustimmung *nicht willkürlich verweigern*[58]), sondern nur dann, wenn ein *wichtiger Grund*[59]) für die Weigerung vorliegt[60]). Zur schnellen Erledigung darf der Verleger den Verfasser zur Erklärung über die Zustimmung auffordern[61]); mit der Wirkung, daß die Zustimmung als ertheilt gilt, wenn der Verfasser seine Weigerung[62]) nicht binnen 2 Monaten seit Empfang der Aufforderung[63]) dem Verleger erklärt[64]). § 28 Abs. 1.

---

53) Die Spezialisirung des Verlags auf bestimmte Fächer nimmt in heutiger Zeit mehr und mehr zu, was häufig einen Austausch einzelner Verlagsartikel unter mehreren Verlegern bedingt.

54) Wie bei der Miethe (§ 241 Note 11) spricht man davon, daß man einen *guten* Verleger habe.

55) Im Verlagsvertrage oder möglicherweise auch durch eine *spätere* Vereinbarung zwischen dem Verfasser und Verleger.

56) Arg. § 399 i. f. BGB.

57) In *einem* Vertrage. Das ist vornehmlich bei der *Geschäftsaufgabe* (Uebertragung des gesammten Verlags auf einen Anderen) der Fall.

58) Wie bei der Miethe (s. o. § 241 Note 18 ff.), der diese ganze Regelung nachgebildet ist.

59) Wichtige Gründe liegen hier insbesondere in dem Rufe des Verlegers, der an Stelle des alten treten soll; unter Umständen auch in den geschäftlichen Verhältnissen desselben oder in seiner politischen Richtung, die zu der Tendenz des Werks nicht paßt. Alles was der Verbreitung des Werks nachtheilig sein kann und mit der Personenfrage zusammenhängt, kommt in Betracht.

60) Der Verfasser hat die „wichtigen Gründe" darzuthun. Ueber ihr Gewicht entscheidet schließlich das Gericht nach freiem Ermessen.

61) Empfangsbedürftige Erklärung (Bd. I § 88) mit den Folgen des Textes.

62) Die Begründung derselben (Note 60) kann auch noch später erfolgen.

63) Wegen der Fristberechnung s. die allgemeinen Regeln Bd. I § 120.

64) Empfangsbedürftige Willenserklärung. — Mit dem Empfang tritt der Effekt der Weigerung ein. Die Gefahr des Zugehens trifft also den Verfasser.

Die hiernach erfolgte Uebertragung gibt dem Rechtsnachfolger die sämmtlichen Rechte aus dem Vertrage[65]) wie der ursprüngliche Verleger sie hatte: sowohl wider den Verfasser als auch gegen dessen Rechtsnachfolger im Urheberrecht und gegen dritte Personen[66]).

Hand in Hand damit geht die Frage nach dem entsprechenden Uebergang der Verlegerpflichten auf den Rechtsnachfolger. Von einem solchen Uebergang kann aber, bekannten Grundsätzen zufolge[67]), keineswegs allgemein die Rede sein. Nur das ist zuzugeben, daß der ursprüngliche Verleger seiner Verpflichtung zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werks auch durch den Rechtsnachfolger genügen kann[68]). Der Verfasser muß die Bewirkung durch letzteren also dulden[69]). Im Uebrigen kommt es darauf an, ob der Rechtsnachfolger in seinem Vertrage mit dem ersten Verleger die Vervielfältigungs- und Verbreitungspflicht übernommen hat, also zu erfüllen verspricht[70]). Dadurch wird der ursprüngliche Verleger dem Verfasser gegenüber nicht befreit, da Niemand ohne seinen Willen seinen bisherigen Schuldner verliert[71]). Vielmehr wird das Verhältniß ähnlich behandelt wie bei der Vermögensübernahme[72]). Demgemäß haftet der Uebernehmer des Verlagsartikels dem Verfasser auf Grund der Uebernahme neben dem ursprünglichen Verleger als Gesammtschuldner für die Erfüllung aller aus dem Verlagsvertrag

65) Also auf ausschließliche Vervielfältigung und Verbreitung des Werks mit Allem was dazu gehört. S. auch unten Ziff. 3. Z. B. er hat die Rechte aus § 13 Abs. 2 d. Ges.

66) S. o. Ziff. 1 bes. lit. a—c. Also der Rechtsnachfolger kann jetzt zum Schutze des Verlagsrechts die dem Verfasser zum Schutz des Urheberrechts zustehenden Befugnisse ausüben.

67) Vgl. z. B. im entsprechenden Fall der Miethe oben § 241 Note 3 u. Cit. Es ist selbstverständlich, daß der Verleger sich durch die Uebertragung seiner Rechte aus dem Verlagsvertrag nicht einseitig von seinen darin übernommenen Verpflichtungen befreien kann.

68) Denn er bedarf dazu überhaupt regelmäßig der Zuziehung von Hülfspersonen. Soweit man also die Uebertragung für zulässig erklärt, d. h. in dem Rechtsnachfolger eine persona idonea erblickt, muß dieser auch für die Bewirkung der Publikation als Substitut oder Vertreter des Schuldners tauglich erscheinen. Selbstredend bleibt der ursprüngliche Verleger (nach § 157 oben, wie nach Vertretungsgrundsätzen) für Mißgriffe des Substituten verantwortlich. Dessen eigene Haftung (s. u.) wird dadurch nicht berührt.

69) Dies will § 28 Abs. 2 d. Ges. im ersten Satze zum Ausdruck bringen.

70) Was wohl das Gewöhnliche ist. Die bloße Rechtsabtretung wird selten vorkommen, weil sie wenig Zweck hätte.

71) S. o. § 202 bes. Ziff. 3 b.

72) S. o. § 205. Jedenfalls soll hier der Posten mit Aktiven und Passiven übergehen. Dies ist nach Note 71 nur mittelst bestärkender Schuldübernahme möglich, solange der Verfasser den ursprünglichen Verleger nicht freigibt. (Für eine beschränkte Haftung des Uebernehmers ist hier natürlich kein Raum, abgesehen vom Schlußsatz des § 28 d. Ges.)

entſpringenden Verbindlichkeiten[73]); jedoch nicht auf eine Schadenserſatzpflicht des urſprünglichen Verlegers, die bei der Uebernahme ſchon begründet war[74]). § 28 Abſ. 2.

Ebenſo ſind die Rechte und Pflichten aus dem Verlagsvertrage beiderſeits vererblich[75]) — mit Ausnahme der Herſtellungspflicht des Werks, die höchſtperſönlich iſt[76]).

3. Die Verpflichtungen der Parteien im Einzelnen ſind zunächſt

a) Verpflichtungen des Verfaſſers.

α. Der Verfaſſer hat das verſprochene Werk in vertragsmäßiger Geſtalt[77]) und überhaupt in einem für die Vervielfältigung geeigneten Zuſtand[78]) zu liefern. Doch kann die Ablieferung nur erzwungen werden, wenn das Werk beim Vertragsſchluß als vollendet bezeichnet und als ſolches in Verlag gegeben worden iſt[79]). Nur inſoweit der Verfaſſer auch nach der Ablieferung noch vom Verlagsvertrage zurücktreten (das Werk zurückziehen) kann[80]), iſt er auch von der Pflicht zur Ablieferung des Werkes befreit[81]): alſo wegen unvorherzuſehender Umſtände, die den Verfaſſer bei Kenntniß der Sachlage und verſtändiger Würdigung des Falles von der Herausgabe des Werks zurückgehalten

---

73) Alſo auch auf Schadenserſatz wegen ſchuldhafter Nichterfüllung, Verzugszinſen, Vertragsſtrafen ꝛc. Die Haftung des urſprünglichen Verlegers aus dem Verſchulden des Subſtituten erklärt ſich auch aus Note 68.

74) D. h. deren Entſtehungsgrund vor der Uebernahme liegt, wenn auch der Schaden erſt ſpäter eintritt. — Man kann nicht annehmen, daß der Uebernahmewillen (oben Note 70) ſich auf eine ſolche Verpflichtung erſtreckt.

75) Weil kein Geſetz die Vererblichkeit ausſchließt. Insbeſondere iſt die Vererblichkeit der Rechte und Pflichten des Verlegers unzweifelhaft anerkannt. Der Verfaſſer iſt unter Umſtänden überhaupt noch inſofern Herr ſeines Werks, als er deſſen Veröffentlichung verhindern kann (ſ. u. Ziff. 3a). Dasſelbe können denn auch ſeine Erben. Eventuelle Schadenserſatzanſprüche werden dadurch nicht berührt und verpflichten auch die Erben des Verfaſſers. S. noch unten Ziff. 4.

76) S. u. Ziff. 4 lit. c. Ebenſowenig haben die Erben des Verfaſſers die dem letzteren nach dem Vertrag obliegende Umarbeitungspflicht des Werks für eine neue Auflage. S. dazu noch Entſch. d. RG. Bd. 12 S. 50.

77) Z. B. in der verabredeten Größe und Einrichtung. Von der vertragsmäßigen Beſchaffenheit des Werks redet auch § 31 Abſ. 1 d. Geſ.

78) Z. B. druckfertig. § 10 d. Geſ.

79) Dies widerſpricht dem Bd. I § 30 Note 16 Geſagten nicht. Denn hier iſt der Verlagsvertrag über das Werk freiwillig abgeſchloſſen. Ebenſo ſind die Erben des Verfaſſers zur Ablieferung verpflichtet, wenn der Verfaſſer ſich vor ſeinem Tode ſchon dem Verleger gegenüber dazu bereit, alſo das Werk für abgeſchloſſen erklärt hatte. Letzteres auch bei Werken, die nach dem Verlagsvertrag erſt hergeſtellt werden ſollten (der Wortlaut des § 34, der blos die thatſächliche Ablieferung nennt, iſt zu eng). Doch können die Erben aus den Gründen des § 35 noch die Lieferung ablehnen (vgl. Note 81).

80) S. § 35 d. Geſ. u. unten Ziff. 4 lit. d.

81) Denn dolo facit qui petit quod redditurus est.

haben würden. Ist der Vertrag dagegen über ein erst noch herzustellendes Werk geschlossen, so kann der Verfasser die von ihm geleistete Arbeit jederzeit als noch nicht vollendet erklären und demgemäß die Ablieferung verweigern[82]), ebenso wie er auch nicht zur Vollendung zwangsweise angehalten werden kann[83]). Doch wird dadurch der Anspruch des Verlegers auf Vertragserfüllung nicht ausgeschlossen. Es gelten die allgemeinen Grundsätze der gegenseitigen Verträge[84]): also je nachdem der (zu vertretenden oder nicht zu vertretenden) Unmöglichkeit der Leistung oder des Verzuges[85]).

Doch reicht dies nicht aus. Der Verleger muß in der Lage sein, über die Lieferung oder Nichtlieferung des Werkes alsbald Klarheit zu erlangen[86]). Demgemäß bestimmt das Gesetz zunächst (mangels besonderer Vertragsfestsetzung) die Ablieferungszeit vollendeter und noch herzustellender Werke[87]). § 11. Wird dann das Werk[88]) nicht rechtzeitig abgeliefert oder ist es nicht von vertragsmäßiger Beschaffenheit[89]), so kann der Verleger, statt den Anspruch auf Erfüllung geltend zu machen, dem Verfasser eine angemessene Nachfrist zur Ablieferung[90]) mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach Ablauf der Frist ablehne[91]); und nach fruchtlosem Ablauf der Frist von dem

82) Auch wenn die Ablieferung in Theilen erfolgte, für den Rest. — Für jeden abgelieferten Theil entsteht das Verlagsrecht (Ziff. 1) besonders mit der Ablieferung. § 9 Abs. 1 d. Ges.

83) S. o. § 141 Note 4. § 888 CPO.

84) S. o. §§ 169 ff. Vergibt der Verfasser das vollendete Werk an einen anderen Verleger, so geht nach allgemeinen Grundsätzen keiner der beiden Verlagsverträge dem anderen vor, sondern es entscheidet die Ablieferung des Werks. Diese begründet dem Empfänger das Verlagsrecht (oben Note 37). Gegenüber dem anderen Verleger liegt Unmöglichkeit der Erfüllung vor (und zwar regelmäßig eine von dem Verfasser zu vertretende).

85) S. dazu insbes. die §§ 283, 286, 323, 325, 326, 861 BGB. u. § 893 CPO. Auch wo der Verleger auf Ablieferung des Werks bestehen kann, braucht er dies nicht, sondern kann sich auf Ziehung der Folgen der Nichterfüllung beschränken.

86) Aehnlich wie beim Werkvertrag der Besteller. S. o. § 265 Ziff. 4.

87) Die ersteren sind sofort nach dem Vertragsschluß, letztere nach Maßgabe des Zwecks der Arbeit und der Herstellungsmöglichkeit für den Verfasser bei einer seinen Verhältnissen entsprechenden Arbeitsleistung abzuliefern. (Dabei kommen die Gesundheitsverhältnisse des Verfassers ebenfalls in Betracht; eine anderweitige Thätigkeit dann, wenn der Verleger sie beim Abschluß des Vertrages kannte oder kennen mußte.)

88) Ganz oder zum Theil.

89) Beides wird hier, wie beim Werkvertrage, gleichgestellt. S. §§ 634—636 BGB.

90) Zeigt sich schon vor der vertragsmäßigen Ablieferungszeit, daß diese nicht oder nicht richtig eingehalten werden wird (voraussichtliche Verspätung oder Mängel), so kann der Verleger die Frist sofort bestimmen; aber nicht so, daß sie vor der vertragsmäßigen Fälligkeit der Leistung abläuft. § 30 Abs. 1 Satz 2.

91) Vgl. entsprechend oben § 265 Note 24 ff.

Vertrage zurücktreten[92]). Der Anspruch auf Ablieferung ist damit ausgeschlossen. Der Bestimmung einer Nachfrist bedarf es nicht, wenn die rechtzeitige Herstellung des Werks unmöglich ist oder vom Verfasser verweigert wird[93]), oder wenn der sofortige Rücktritt vom Vertrag durch ein besonderes Interesse des Verlegers gerechtfertigt wird[94]). Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn die Verspätung oder Abweichung von der vertragsmäßigen Beschaffenheit des Werkes den Verleger nur unerheblich benachtheiligt[95])[96]).

Ist der Verfasser im Verzug, so hat der Verleger überdies die daraus entspringenden gewöhnlichen Rechte[97]), also insbesondere das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung[98]); ingleichen wenn die Abweichung von der vertragsmäßigen Beschaffenheit des Werks auf einem vom Verfasser zu vertretenden Umstande beruht[99]). §§ 30, 31 d. Ges.

β. Die zweite Verpflichtung des Verfassers geht dahin, dem Verleger das ausschließliche Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht des Werkes zu verschaffen[100]), also nicht nur diese Vervielfältigung und Verbreitung dem Verleger zu gestatten, sondern sich auch selbst einer solchen zu enthalten. § 8 d. Ges. Die Gültigkeit des Vertrags wird keineswegs dadurch beeinträchtigt, daß das Urheberrecht am Werke nicht dem angeblichen Verfasser sondern einem Dritten zusteht[101]); — aus dem Verlagsvertrag folgt solchenfalls nur eine Verpflichtung zur Gewährleistung[102]). Weiterhin hat der Verfasser, dem das Urheberrecht zustand, sich selbst jeder Verfügung über das letztere

92) Also ohne die allgemeine Voraussetzung eines Verzugs des Verfassers oder der konstatirten Unmöglichkeit der Herstellung.

93) Was solchenfalls der Verleger im Streitfalle zu beweisen hat.

94) Entsprechend § 634 Abs. 2 BGB.

95) Eine genaue Einhaltung z. B. des vorgeschriebenen Umfangs des Werks ist dem Verfasser oft geradezu unmöglich.

96) Auf das Rücktrittsrecht finden die §§ 346—356 BGB. über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht (s. o. §§ 174 ff.) entsprechende Anwendung. Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstands, den der Verfasser nicht zu vertreten hat, so haftet er nur nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung. § 37. Daher das Folgende.

97) S. o. § 171.

98) Weil die Verzögerung hier vom Verfasser verschuldet ist.

99) Z. B. derselbe verfälscht absichtlich die vertragsmäßige Tendenz des Werkes.

100) S. schon oben zu Note 84 ff.

101) Selbst wenn dieser mit seinen Rechten hervortritt und auf Grund derselben dem Verleger die Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes untersagt u. s. w.

102) Nach Anleitung der §§ 433 ff., 440, 445 BGB. — Auch die §§ 320—327 BGB. sind anwendbar.

zu enthalten, durch welche dem Verleger bei seiner Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes Konkurrenz erwächst[103]). Besondere Schwierigkeit macht hier nur die Bestimmung des vertragswidrigen Verhaltens[104]). Schafft der Verfasser über denselben Gegenstand ein anderes Werk[105]), so ist eine Vervielfältigung und Verbreitung desselben durch den Verfasser (resp. einen anderen Verleger) nicht unzulässig[106]).

Bestand an dem in Verlag gegebenen Werke nach Inhalt des Vertrags[107]) kein Urheberrecht[108]), so kann der Verfasser[109]) selbstverständlich dem Verleger ein ausschließliches Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht nicht einräumen, weil ein solches überhaupt Niemandem zusteht. Er haftet hier nur für arglistiges Verschweigen des Umstands, daß das Werk bereits anderweit in Verlag gegeben oder veröffentlicht worden ist, auf Gewährleistung[110]), und hat sich während der Dauer von 6 Monaten seit der Veröffentlichung des Werks durch den Verleger der eigenen konkurrirenden Vervielfältigung und Verbreitung zu enthalten[111]) wie wenn an dem Werk ein Urheberrecht bestände[112]). § 39. Umgekehrt ist in solchen Fällen der Verleger nach Beendigung des Vertrags (gleich jedem Dritten) zur erneuten Vervielfältigung[113]) befugt; es sei denn daß dies im Verlagsvertrag von Zahlung einer besonderen Vergütung abhängig gemacht ist[114]). § 40.

103) Bis die Ziff. 4 erwähnte Erledigung des Vertragsverhältnisses eingetreten ist. S. o. zu Noten 21, 26.

104) Es ist schon hervorgehoben, daß der Verleger dieserhalb nicht nur die Rechte aus dem Vertrage, sondern auch die allgemeinen zum Schutz des Urheberrechts bestehenden Befugnisse wider den Verfasser hat. S. o. Note 46.

105) Wann ein „anderes Werk" vorliegt, ist Thatfrage. Im Allgemeinen wird man sagen können: wenn in dem Fall, da eine andere Person als der Verfasser des ersten Werkes es veröffentlichte, darin keine Verletzung des Urheberrechts läge.

106) Der Verfasser kann also das neue Werk an einen anderen Verleger vergeben. — Wegen Beiträgen zu periodischen Zeitschriften und ähnlichen Sammelwerken s. u. Ziff. 6.

107) Nicht zu verwechseln mit dem Falle, daß z. B. die Schutzfrist für das Werk schon abgelaufen war, während der Verleger oder beide Parteien beim Vertragsschluß glaubten, daß das Werk noch geschützt sei. Hier haftet der Verfasser nach Note 102 schlechthin auf Gewährleistung.

108) S. o. Note 17.

109) Oder Herausgeber, resp. wer das Werk in Verlag gibt. Der Kürze halber ist immer nur vom Verfasser die Rede.

110) Nach Anleitung der §§ 440, 445 BGB. Der Verleger hat die Textvoraussetzung zu beweisen.

111) D. h. in demselben Rahmen, aber auch nicht weiter. Den Rahmen gibt § 2 d. Ges. an. S. o. Ziff. 1 bei Note 27 ff.

112) Das Gegentheil wäre ein gegen Treu und Glauben verstoßender Wettbewerb. Aber nach Verlauf einiger Zeit ist es ein solcher nicht mehr. Daher die Begrenzung des Verbots.

113) Mit oder ohne Aenderungen. Ohne Rücksicht auf das unten Note 119 ff. Gesagte.

γ. Auch nach der Ablieferung des Werks darf der Verfasser noch Aenderungen an dem Werke vornehmen und zwar bis zur Beendigung der Vervielfältigung[115]). Er darf diese Aenderungen auch durch einen Dritten vornehmen lassen. Uebersteigen die Aenderungen das übliche Maß[116]), so ist der Verfasser zum Ersatz der daraus entstehenden Kosten verpflichtet. Die Ersatzpflicht liegt ihm nicht ob, wenn Umstände, die inzwischen eingetreten sind, die Aenderung rechtfertigen[117]). § 12. Verpflichtet zu irgend welchen Aenderungen ist der Verfasser nicht. Ebensowenig darf der Verleger solche an dem Werke vornehmen; es sei denn daß der Verfasser zu denselben[118]) seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann. § 13.

Erstreckt sich der Vertrag auf mehrere Auflagen, so ist das Recht des Verfassers zur Abänderung der neuen Auflage erweitert. Vor der Veranstaltung der neuen Auflage hat der Verleger dem Verfasser zu diesen Abänderungen Gelegenheit zu geben[119]). Doch sind solche Aenderungen unzulässig, durch welche ein berechtigtes Interesse des Verlegers verletzt wird[120]). § 12 Abs. 1 i. f.[121]). Umgekehrt kann

114) Entweder so, daß der Verleger gegen Zahlung der Vergütung ein Recht auf die erneute Vervielfältigung gegenüber dem Verfasser hat oder nicht. Da aber jeder Dritte die Vervielfältigung vornehmen könnte, so wird sich der Verfasser wohl kaum jemals dagegen sperren.

115) Diese setzt eine natürliche Grenze. Gemeint ist die Beendigung der ganzen Vervielfältigung, nicht der einzelnen Druckbogen. Aber eine Aenderung an fertig vervielfältigten Theilen übersteigt jedenfalls das übliche Maß (Note 116), sodaß der Verfasser die Kosten einer solchen Aenderung zu ersetzen hat, wenn nicht inzwischen eingetretene Umstände die Aenderung rechtfertigen. Z. B. während des Drucks erscheint ein Gesetz, welches die ganze Materie verändert. Unter Umständen ist nur ein sog. „Nachtrag" gerechtfertigt.

116) Darüber hat eventuell das Gericht nach freiem Ermessen auf Grund der allgemeinen Regeln des Verlagshandels zu entscheiden.

117) Z. B. die Theorie, auf der sich das Werk oder ein Theil desselben aufbaut, ist inzwischen widerlegt oder so sehr erschüttert, daß der Verfasser dazu Stellung nehmen muß. S. auch Note 115 i. f.

118) Und zwar ist jede einzelne vom Verleger getroffene Aenderung daraufhin zu prüfen. In Betracht würde z. B. kommen die Verbesserung unzweifelhafter Schreibfehler, die Einfügung eines vergessenen Präjudizes in ein rechtswissenschaftliches Werk u. dgl. — Viel weiter geht § 44 d. Ges. bei anonymen Beiträgen zu periodischen Zeitschriften oder Sammelwerken. S. u. Ziff. 6.

119) Also insbesondere Nachricht und genügende Zeit.

120) Z. B. wenn die Umarbeitung von der Art ist, daß sie die Verkäuflichkeit des Werks erheblich beeinträchtigt. — Den Beweis muß der Verleger führen.

121) Eine andere Frage ist, ob er die erneute Veröffentlichung des Werks in dem betreffenden Rahmen erzwingen kann? Sind Aenderungen nothwendig und will oder kann der Verfasser sie in dem gewünschten Rahmen nicht vollziehen, so kann der Verleger sie in diesem nicht erzwingen und andererseits das Werk auch nicht in unveränderter Form vervielfältigen (die Eintheilung in Auflagen schließt das unbedingte Recht zum unveränderten Abdruck aus). Der Fall ist zu behandeln, wie wenn der Autor überhaupt nicht liefert (s. o.

der Verfasser für den Fall einer neuen Auflage zu einer zeitgemäßen Umarbeitung seines Werkes verpflichtet sein, und zwar auch von selbst nach Inhalt des ganzen Vertrages[122]). Er hat die Umarbeitung dann in derselben Weise zu liefern wie zum erstenmal das ganze Werk[123]).

b) Die Pflichten des Verlegers sind folgende:

α. Er hat das Werk in ordnungsmäßiger, d. i. in zweckentsprechender und üblicher Art zu vervielfältigen und zu verbreiten[124]). § 14. Mit der Vervielfältigung hat er zu beginnen, sobald ihm das vollständige Werk, oder (wenn dasselbe nach dem Vertrag in Abtheilungen erscheinen soll) die in ordnungsmäßiger Folge zur Herausgabe bestimmte Abtheilung zugegangen ist. § 15. Der Verleger hat diejenige Zahl von Abzügen herzustellen, zu der er berechtigt ist[125]). Die Auflage in der zulässigen Höhe ist auf einmal herzustellen. Erscheint das Werk nicht in Auflagen, so darf der Verleger die zulässigen Abzüge nach und nach herstellen; hat aber dafür zu sorgen, daß der Bestand nicht vergriffen wird[126]). § 16. Die zur ordnungsmäßigen Herstellung erforderliche Korrektur hat der Verleger zu bewirken; einen Abzug hat er rechtzeitig dem Verfasser zur Durchsicht vorzulegen[127]). Der Abzug gilt als genehmigt, wenn der Verfasser ihn nicht binnen einer angemessenen Frist beanstandet[128]). § 20.

Note 82 ff.). Der Verleger kann vom Vertrag zurücktreten und eventuell Schadensersatz verlangen. Ist der Inhalt des Werks nicht von der Art, daß Aenderungen erforderlich sind, so hat der Verleger, wenn keine Verständigung über die Abänderungen erzielt wird, ein Recht auf unveränderten Wiederabdruck des Werks. Der Verfasser hat es sich solchenfalls selbst zuzuschreiben, daß er über mehrere Auflagen kontrahirte.

Ueber die Abänderungsbedürftigkeit des Werks entscheiden allgemeine Verkehrs- und Verlagsgrundsätze (in dem Gesagten liegt also nicht, daß der Richter in seiner Einsicht über dem Autor stehe!). Wissenschaftliche Werke und solche, die einen aktuellen Lehrzweck verfolgen, sind regelmäßig abänderungsbedürftig; nicht aber z. B. ein Roman oder ein Tonstück.

122) So ist dies bei den zuletzt genannten wissenschaftlichen und einen Lehrzweck verfolgenden Werken als stillschweigend selbstverständlicher Vertragsinhalt anzusehen.

123) S. o. zu Note 82 ff.

124) Format und Ausstattung bestimmt der Verleger frei, aber mit Beobachtung der im Verlagshandel herrschenden Uebung, sowie mit Rücksicht auf den Zweck und Inhalt des Werkes.

125) S. über den Begriff der Auflage sowie der zuzüglichen Frei- und Zuschußexemplare oben Note 22. Vgl. § 5 Abs. 2, § 6 Abs. 1 d. Ges.

126) Diese Verpflichtung besteht solange, bis die Höchstzahl der zulässigen Abzüge erreicht ist; es sei denn, daß die Nachfrage nach dem Werk früher aufhört, in welchem Falle auch die Herstellungspflicht entsprechend cessirt.

127) Wegen des großen ideellen Interesses, das der Verfasser an der Fehlerlosigkeit der Publikation hat.

Die Verbreitung des Werks hat der Verleger alsbald nach vollendeter Herstellung[129]) in der für das Werk zweckentsprechenden und üblichen Weise[130]) zu bewirken[131]). Sind die Abzüge (wie regelmäßig) zum Verkaufe bestimmt, so erfolgt der Verkauf im Namen und für Rechnung des Verlegers. Die Bestimmung des Ladenpreises steht für jede Auflage[132]) dem Verleger zu. § 21 Satz 1. Doch darf er den üblichen Preis nicht derart überschreiten, daß dadurch die Verbreitung des Werks beeinträchtigt wird[133]). Eine Ermäßigung des Ladenpreises innerhalb der Auflage[134]) ist zulässig, soweit nicht berechtigte Interessen des Verfassers verletzt werden[135]); eine Erhöhung nur unter Zustimmung des Verfassers[136]). § 21 i. f. Keinesfalls darf der Verleger mehr Exemplare verbreiten als ihm nach dem Vertrage[137]) gestattet ist; daher z. B. auch nicht die üblichen Zuschußexemplare, soweit sie nicht zum Ersatz oder zur Ergänzung beschädigter Abzüge verwendet worden sind[138]).

Wird das Werk nicht vertragsmäßig vervielfältigt oder verbreitet, so treten die Grundsätze der gegenseitigen Verträge ein[139]). Demnach hat der Verfasser in erster Linie den Anspruch auf Vertragserfüllung[140]). Außerdem gelten die Regeln wegen (zu vertretender oder nicht zu vertretender) Unmöglichkeit der Leistung, oder Verzugs[141]).

---

128) Durch Erklärung gegenüber dem Verleger resp. der Druckerei als dessen Vertreter bei der Herstellung.

129) Des ganzen Werks resp. der zur Herausgabe bestimmten Abtheilung.

130) Dazu gehört auch die übliche Ankündigung des Werks.

131) Der Verleger darf daher die hergestellten Vervielfältigungsexemplare ohne Zustimmung des Verfassers nur dann vernichten (makuliren), wenn ein fernerer Absatz des Werkes ausgeschlossen erscheint. Sonst verstößt dies gegen seine Vertragspflicht.

132) Also die Abzüge einer neuen Auflage kann er billiger oder theurer verkaufen als die der früheren. S. jedoch den folg. Textsatz.

133) Arg. § 14 Satz 1. Und zwar ohne Rücksicht auf das dem Verfasser zugesagte Honorar.

134) S. o. Note 132.

135) So vor Allem z. B. weil der Verfasser nach dem Verlagsvertrag auf einen Antheil am Erlöse als Vergütung angewiesen ist (s. o. Note 10); aber auch weil das Renommee des Verfassers durch Verschleuderung des Werks beeinträchtigt wird u. dgl.

136) Weil sie regelmäßig die Verbreitung erschwert und dem Verleger augenblicklich einen größeren Gewinn verschafft.

137) Unter Beobachtung des § 5 Abs. 2 d. Ges. S. o. Note 22.

138) § 6 Abs. 2 d. Ges.

139) S. o. Note 84 u. Cit.

140) Ist der Verleger rechtskräftig verurtheilt, so kann der Verfasser nach allgemeinen Grundsätzen entweder die Zwangsvollstreckung betreiben, oder nach § 283 BGB. (s. o. § 159) Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

141) §§ 323, 325, 326 BGB.

Darüber hinaus gibt aber auch hier das Gesetz dem Verfasser die Befugniß, vom Vertrage zurückzutreten, schon dann[142]), wenn die Herstellung oder Verbreitung des Werks nicht rechtzeitig erfolgt und die vom Verfasser dem Verleger dafür gesetzte angemessene Nachfrist verstrichen ist[143]). Der Bestimmung einer Nachfrist bedarf es nicht, wenn sie keinen Zweck mehr hätte[144]). Wegen unerheblicher Benachtheiligung des Verfassers durch die Verzögerung findet das Rücktrittsrecht nicht statt[145]).

Ist der Verleger im Verzug[146]), so hat der Verfasser daneben auch ein Recht auf Schadensersatz. § 32.

β. Soweit der Verfasser auf eine Vergütung Anspruch hat[147]), ist der Verleger zu deren Zahlung verpflichtet. § 22. Der Zeitpunkt der Fälligkeit wird mangels besonderer Vereinbarung durch § 23 bestimmt[148]). Bestimmt sich die Vergütung nach dem Absatze[149]), so hat der Verleger jährlich dem Verfasser für das voraufgegangene Geschäftsjahr Rechnung zu legen[150]) und ihm, soweit es für die Prüfung erforderlich ist, die Einsicht seiner Geschäftsbücher zu gestatten. § 24.

Daneben hat der Verleger dem Verfasser von litterarischen Werken auf je 100 Abzüge ein Freiexemplar, jedoch in den Grenzen von 5 bis 15[151]), — bei Werken der Tonkunst die übliche Zahl von Freiexemplaren zu liefern[152]). Außerdem hat er dem Verfasser die noch zu

142) Also ohne Konstatirung des Verschuldens, Verzugs u. dgl. des Verlegers.

143) Es gelten entsprechend die Ausführungen oben Note 90—92.

144) Im Sinn der Ausführungen bei Note 93—94. Hauptfall ist hier, daß die Schrift zu irgend einer bestimmten Gelegenheit (Reichs- oder Landtagswahl, einem besonderen Feste 2c.) erscheinen soll.

145) Die Wirkung des Rücktritts ist die gewöhnliche (s. o. Note 96). Die §§ 346—356 BGB. sind anwendbar, außer wenn der Rücktritt wegen eines Umstandes erfolgt, den der Verleger nicht zu vertreten hat. Solchenfalls haftet er nur auf die vorhandene Bereicherung. § 37 d. Ges.

146) Resp. hat er die eingetretene Unmöglichkeit der Vervielfältigung oder Verbreitung des Werkes zu vertreten. § 32 d. Ges. spricht davon nicht ausdrücklich. Die Gleichstellung ergibt sich aber aus allgemeinen Grundsätzen.

147) S. o. Note 8 ff.

148) Danach tritt die Fälligkeit mit Ablieferung des Werkes ein, wenn die Vergütung in diesem Augenblicke bestimmbar ist. Andernfalls (insbesondere wenn sie von dem Umfang des Werkes abhängt) mit der Vervielfältigung (des ganzen Werks oder der einzelnen Abtheilungen) nach Maßgabe der Parteiabsicht und der Verkehrssitte.

149) Partiarisch (Note 10) oder nicht (z. B. ein fester Honorarsatz wird mit Verkauf einer bestimmten Anzahl Exemplare fällig).

150) S. o. Bd. I § 137.

151) Sowie auf Verlangen des Verfassers ein Exemplar in Aushängebogen.

152) Von Beiträgen, die in Sammelwerken erscheinen, dürfen Sonderabzüge als Freiexemplare geliefert werden.

seiner Verfügung stehenden Abzüge des Werkes auf Verlangen zum niedrigsten Preis zu überlassen, zu dem er das Werk im Betriebe seines Verlagsgeschäfts abgibt[153]). §§ 25, 26.

Nach Beendigung der Vervielfältigung hat er dem Verfasser das Werk[154]) zurückzugeben, sofern dieser sich vor dem Beginn der Vervielfältigung[155]) die Rückgabe vorbehielt. § 27.

γ. Geht der Vertrag auf *mehrere Auflagen*, so liegt darin mangels gegentheiliger Verabredung für den Verleger nur das *Recht*, nicht auch die Pflicht, nach Erschöpfung der alten Auflage[156]) eine neue zu veranstalten[157]). Zur Ausübung des Rechts kann ihm der Verfasser eine angemessene[158]) Frist bestimmen[159]). Nach fruchtlosem Ablauf der Frist[160]) kann der Verfasser *vom Vertrage zurücktreten*. Bei erfolgter Weigerung des Verlegers bedarf es keiner Fristsetzung. § 17. Hat der Verleger umgekehrt sich zur Veranstaltung der neuen Auflage bereit erklärt, verzögert aber die Herstellung, so finden die Grundsätze über mangelnde Herstellung des ganzen Werks entsprechende Anwendung[161]). Es kann also in diesem Falle der Verfasser noch nach § 32 d. Ges. zurücktreten[162]).

4. Das Vertragsverhältniß *endigt*, in dem Sinne daß der Verfasser das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werks zurückgewinnt[163]) bezw. der Verleger es verliert[164]):

---

153) Zum sog. Buchhändlernettopreise.

154) Das Manuskript ꝛc. — In dem *Zustande*, in dem es sich bei ordnungsmäßiger Behandlung während der Vervielfältigungsarbeit befindet. Dazu gehört z. B. das Zerschneiden in einzelne Blätter.

155) Nicht nothwendig im Vertrage.

156) Wegen deren eventueller *Ergänzung* bei Untergang von Abzügen auf dem Lager des Verlegers, s. o. Note 24. Bei Untergang in dritter Hand besteht kein Ergänzungsrecht.

157) Wegen der damit für ihn verbundenen Gefahr. Und weil er den Verfasser zu den oft nothwendigen Aenderungen nicht zwingen kann. Dagegen ist der Verfasser bis zur Erschöpfung sämmtlicher bedungenen Auflagen schlechthin gebunden, soweit er nicht die Gründe des § 35 für sich hat. S. darüber unten Ziff. 4 lit. d.

158) S. § 151 Note 9.

159) Er hat (wie stets in solchen Fällen) ein Recht auf alsbaldige Klarstellung der Sachlage und Befreiung vom Vertrage, wenn der Verleger ihn nicht weiter halten will.

160) D. h. nicht nur wörtlichem, sondern thatsächlichem! Es kommt darauf an, ob der Verleger zur Herstellung der neuen Auflage rechtzeitig die nach Lage der Sache erforderlichen *Veranstaltungen trifft*.

161) S. o. lit. α.

162) S. o. zu Note 142 ff. Hinsichtlich des Rücktritts ist hier noch § 38 d. Ges. zu beachten. S. u. Ziff. 5. Der Vertrag wird nicht total aufgelöst, sondern bleibt im Zweifel hinsichtlich der früheren Auflagen bestehen.

163) Oder wenigstens von den durch den Verlagsvertrag für ihn begründeten

a) nach Erschöpfung der Auflage[165]) oder mit Ablauf der Zeit, für welche der Verlagsvertrag geschlossen worden ist[166]). Ist nach Auflagen kontrahirt, so hat der Verleger dem Verfasser auf Verlangen Auskunft über den Stand des Absatzes zu ertheilen[167]). Bei einem auf Zeit geschlossenen Vertrage ist er nach Ablauf der Zeit zur Verbreitung der noch vorhandenen Abzüge nicht mehr berechtigt[168]). § 29.

b) Geht das Werk nach der Ablieferung an den Verleger[169]) oder während des Annahmeverzugs des letzteren[170]) durch Zufall unter, so trägt der Verleger die Gefahr[171]). Der Verfasser behält also den Anspruch auf Vergütung[172]), auch wenn es zu der beabsichtigten Publikation nicht kommt[173]). Im Uebrigen erlöschen die Verpflichtungen beider Parteien[174]). Hiervon wird aus Billigkeitsrücksichten nur folgende Ausnahme gemacht. Wenn die Lieferung eines im Wesentlichen übereinstimmenden Werks (auf Grund der vorhandenen Vorarbeiten oder sonstigen Unterlagen) mit geringer Mühe geschehen kann[175]), so ist der Verleger berechtigt, vom Verfasser die Herstellung

---

Beschränkungen frei wird (s. §§ 2ff., 8, 39 Abs. 2 d. Ges. und oben an den entsprechenden Stellen).

164) § 9 Abs. 1 d. Ges. — Im Uebrigen sind die Folgen für die einzelnen Endigungsfälle verschieden zu bestimmen.

165) S. dazu oben Note 23. Der Ausdruck „vergriffen" ist nicht genau.

166) In Ermangelung der Vereinbarung auf eine bestimmte Anzahl von Auflagen oder Abzügen. — Der Verleger kann alsdann innerhalb der Vertragszeit Abzüge in beliebiger Anzahl herstellen, soweit keine Höchstzahl festgesetzt ist. S. o. Note 126.

167) S. Bd. I § 136.

168) Sonst könnte der Verleger noch kurz vor Ablauf der Vertragsfrist Exemplare in so großer Anzahl herstellen, daß er weit über die Vertragszeit hinaus das Publikationsrecht des Verfassers beeinträchtigte.

169) Vorausgesetzt ist: vor der Vervielfältigung. — Die Vorschrift beugt dem Gedanken vor, als sei Gegenstand des Vertrags „das Werk" ohne Rücksicht auf dessen Fixirung im Manuskript. Nach der Ablieferung des letzteren ist dies nicht mehr der Fall.

170) Vorher trifft der Untergang den Verfasser. Er ist nach dem Vertrage zur Neuherstellung verpflichtet. Ein Fall der Unmöglichkeit der Leistung liegt nur vor, wenn die erneute Herstellung unmöglich ist.

171) Entsprechend der Regelung wie beim Werkvertrage s. o. § 268.

172) S. o. Noten 8, 147. Bestimmte sich die Vergütung nach dem Umfang des Werks, so ist letzterer muthmaßlich abzuschätzen; bestimmte er sich nach dem Absatz des Werks, so ist er freilich nicht bestimmbar. S. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 502. Hier kann nur eventuell Schadenersatz verlangt werden.

173) Dem vollständigen Untergang des Werks wird gleichgeachtet, wenn es in einen für die Vervielfältigung ungeeigneten Zustand geräth (z. B. durch Verkohlen, Wasserschäden).

174) Insbesondere braucht also der Verfasser das Werk nicht noch einmal zu schreiben. S. jedoch das Folgende.

175) Hierüber steht im Streitfalle die Entscheidung dem Richter zu, nach freiem Ermessen (unter eventueller Zuziehung von Sachverständigen). — Das

eines solchen gegen angemessene Vergütung[176]) zu verlangen; umgekehrt kann der Verfasser, wenn er sich zur kostenfreien Neuherstellung binnen angemessener Frist erbietet, die Annahme eines Ersatzwerks zur Vervielfältigung und Verbreitung an Stelle des untergegangenen fordern.

Um so mehr kann jeder Vertragstheil vom anderen dieselben Leistungen verlangen, wenn das Werk in Folge eines Umstands unterging, den der andere Theil zu vertreten hat. § 33[177]). Weitergehende Rechte wegen des Verschuldens des anderen Theils bleiben unberührt[178]).

c) Wenn der Verfasser vor Vollendung des Werkes stirbt[179]), so erlischt der Verlagsvertrag nach allgemeinen Grundsätzen[180]). Es können also weder die Erben des Verfassers noch der Verleger die Vervielfältigung und Verbreitung der etwa schon ausgearbeiteten Theile des Werks verlangen. So jedenfalls, wenn die ausgearbeiteten Theile dem Verleger noch nicht abgeliefert sind. Waren solche beim Tode des Verfassers schon abgeliefert, so ist zu unterscheiden, ob das Gelieferte als eine selbständige Theilleistung anzusehen ist, die nach dem Vertrag erlaubt und als solche zu honoriren war[181]). Ist das Werk in diesem Sinn theilbar, so ist es auch der Vertrag. Er fällt also nur in Ansehung der noch nicht gelieferten Theile zusammen[182]). Ist das Gelieferte keine selbständige Theilleistung, so ist dem Verleger[183]) das Recht gegeben, den Vertrag in

---

Vorhandensein geeigneter Unterlagen hat derjenige Theil zu beweisen, der daraus Rechte für sich herleitet.

176) Zur Bestimmung derselben kommen alle Umstände in Betracht. Nicht nur die gewöhnlichen Vergütungsregeln (§ 22 Abs. 2), sondern auch daß es sich um eine wiederholte Arbeit handelt, die dem Verfasser geringere Mühe macht; anderseits, daß er sich vielleicht schon auf sonstige Arbeiten eingerichtet hatte.

177) Die allgemeine Regelung des § 324 BGB. in diesem Falle genügt nicht.

178) S. § 325 BGB. u. oben § 170. Z. B. wenn der Verleger die abgelieferte Handschrift nicht gehörig aufbewahrt hatte.

179) Stirbt er nach der Vollendung, so wird der Vertrag mit seinen Erben ausgeführt. S. o. Noten 75 ff., 79.

180) § 323 BGB. Die Erben sind von der Lieferungspflicht des Werkes befreit und können die Gegenleistung nicht fordern.

181) Vorausgesetzt daß überhaupt Vergütung geschuldet wird.

182) So namentlich, wenn das Werk schon nach dem Vertrage in Abtheilungen erscheinen sollte, die einen mehr oder weniger geschlossenen Charakter und selbständigen Werth haben. Noch mehr, wenn diese Abtheilungen schon für sich verbreitet und honorirt worden sind. Wird dann der Verfasser an der Vollendung des Gesammtplanes durch Tod gehindert, so kann von den Erben das gezahlte Honorar nicht wieder herausgefordert werden. S. auch § 38 Abs. 2 d. Ges. u. unten Ziff. 5.

183) Nicht dem (oder den) Erben des Verfassers. — Dagegen hat der Verleger nicht das Recht, das Werk durch einen Anderen vollenden zu lassen und

Ansehung des gelieferten Theiles aufrecht zu erhalten[184]). Dies geschieht durch eine dem Erben des Verfassers abzugebende Erklärung[185]). Der Erbe seinerseits kann dem Verleger zur Abgabe der Erklärung eine angemessene Frist bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablauf der Vertrag im Ganzen erloschen ist[186]).

Entsprechende Grundsätze gelten, wenn dem Verfasser die Vollendung des Werks aus anderen von ihm nicht zu vertretenden Umständen unmöglich wird[187]). § 34.

d) Aus ähnlichen Gründen wie beim Werkvertrag[188]) können unter Umständen beide Parteien durch einseitigen Entschluß den Vertrag sistiren, d. h. durch Rücktritt oder Kündigung das Verhältniß zu Ende bringen. Jedoch nicht willkürlich[189]), sondern nur unter besonderen Voraussetzungen.

α. Der Verfasser hat ein Rücktrittsrecht noch nach Ablieferung seines Werks[190]) bis zum Beginne der Vervielfältigung[191]). § 35. Doch ist der Rücktritt nur dann zulässig[192]), wenn Umstände hervortreten, die beim Vertragsschluß nicht vorauszusehen waren[193]) und von Art sind, daß sie den Verfasser bei Kenntniß der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles[194]) von der Herausgabe des Werks zurückgehalten haben würden[195]). Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung an den Verleger. Macht der Verfasser von diesem Rücktrittsrechte Gebrauch, so hat er dem Verleger die Aufwendungen zu ersetzen,

---

das Ganze dann unter dem Namen des ursprünglichen Verfassers zu veröffentlichen.

184) Der Vertrag erlischt dann, wie im Fall bei Note 182 nur pro parte.

185) Empfangsbedürftige Willenserklärung.

186) Wie oben bei Note 143.

187) Z. B. durch dauernde körperliche oder geistige Krankheit des Verfassers ꝛc.

188) S. o. § 269.

189) Für einen willkürlichen Rücktritt sind die wechselseitigen Interessen hier zu sehr verkettet.

190) Für die Zeit vorher s. o. zu Note 79—83.

191) Ueber diesen Zeitpunkt hinaus ist der Rücktritt im Interesse des Verlegers nicht zugelassen. Abgesehen von neuen Auflagen (s. u.).

192) Während das gemeine und preußische Recht nach verbreiteter Meinung einen willkürlichen Rücktritt zuließ.

193) Bei gehöriger Aufmerksamkeit! Es ist nicht blos von unvorhergesehenen Umständen die Rede.

194) Diese Erfordernisse entsprechen denjenigen bei der Irrthumslehre. S. o. Bd. I § 94 zu Note 22—24. Es ist auf die dortigen Ausführungen zu verweisen.

195) Die Persönlichkeit des Verlegers ist kein solcher Rücktrittsgrund. Die Gründe müssen im Werke selbst liegen. Z. B. es ist inzwischen wissenschaftlich durch ein anderes erschienenes Werk überholt.

die dieser bereits zur Vertragsausführung gemacht hat[196]). Wichtiger ist, wie es mit der nachträglichen Herausgabe des Werks durch den Verfasser (resp. einen anderen Verleger) steht. Solche ist zulässig[197]). Um aber den ersten Verleger gegen mißbräuchliche Ausübung des Rücktrittsrechts zu schützen, ist ihm der Verfasser, wenn er das Werk binnen Jahresfrist seit dem Rücktritt[198]) anderweitig herausgibt, zu Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet[199]) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verfasser vor der anderweitigen Herausgabe des Werkes dem Verleger den Antrag auf nachträgliche Vertragsausführung gemacht[200]) und der Verleger den Antrag nicht angenommen hatte[201]).

Dasselbe gilt auch für die Veranstaltung neuer Auflagen, wenn der Verleger dazu befugt ist und von der Befugniß Gebrauch machen will[202])[203]).

β. Der Verleger kann sich von der Vervielfältigungs- und Verbreitungspflicht nicht mit Rücksicht darauf befreien, daß die Vertragsausführung ihm keinen Gewinn bringt[204]). Dagegen ist er zu dieser dann nicht gezwungen, wenn der Zweck, dem das Werk dienen soll, nach dem Vertragsschluß hinweggefallen ist[205]). § 18. Vielmehr hat der Verleger alsdann ein Kündigungsrecht des Vertrages[206]),

196) S. o. § 151 Ziff. III.

197) Denn das alte Vertragsverhältniß ist durch den Rücktritt beendigt.

198) Die zeitliche Begrenzung der Schadensersatzpflicht war nothwendig, weil es unerträglich wäre, dem Verfasser in infinitum die Möglichkeit zu rauben, ein Werk desselben Inhalts unter späteren, vielleicht völlig veränderten Umständen zu veröffentlichen.

199) Ohne Nachweis eines Verschuldens. S. jedoch das Folgende.

200) Andere Bedingungen braucht er nicht zu bieten. Erbietet er sich unter anderen (nicht wesentlich erleichterten) Bedingungen, so hat die Ablehnung des Angebots die Folge des Textes nicht.

201) Besondere Ablehnung ist nicht erforderlich. Es genügt Zusammenfallen des Antrags (nach Vertragsgrundsätzen).

202) Also der Verfasser kann sein Werk unter den Bedingungen des Textes auch für die neue Auflage zurückziehen. Z. B. wenn das Werk wissenschaftlich veraltet ist, der Verleger es aber noch geschäftlich fruktifiziren will.

203) Will umgekehrt der Verfasser, nicht aber der Verleger die neue Auflage veranstalten, so hat der Verfasser das Rücktrittsrecht des § 17. S. o. Ziff. 3 am Ende.

204) Er muß die Chancen, wie jeder Vertragsschließende, vorher abwägen.

205) Z. B. die Frage ist wissenschaftlich erledigt, die politische Konstellation, für die das Werk bestimmt war, hat sich geändert. Hierhin gehört auch der in § 18 Abs. 2 erwähnte Fall, daß die Arbeit ein Beitrag für ein Sammelwerk sein sollte, dessen Herausgabe unterbleibt.

206) Das Gesetz spricht nicht von Rücktritt. § 37 d. Ges. ist nicht anwendbar. Doch steht die Kündigung in solchen Fällen, wie wir schon öfter sahen (vgl. z. B. oben § 260 Note 34) an Stelle eines Rücktrittsrechtes für die Zukunft. S. auch § 38 Abs. 4.

muß aber dem Verfasser die versprochene Vergütung bezahlen. Konform der allgemeinen Vorschrift des § 324 BGB. wird der Verfasser, wenn das Werk noch nicht vollendet war, sich abrechnen lassen müssen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterläßt[207]).

e) Vom Rücktrittsrecht beider Parteien wegen Nichterfüllung seitens des Gegners war schon die Rede. S. o. Ziff. 3.

f) Eigenartig geregelt ist der Fall des Konkurses über das Vermögen des Verlegers[208]). § 36.

α. Zunächst gibt er dem Verfasser ein Rücktrittsrecht von dem Vertrage[209]); jedoch nur, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung mit der Vervielfältigung des Werkes noch nicht begonnen war. Abs. 3.

β. Abgesehen davon kann der Konkursverwalter nach allgemeinen Grundsätzen[210]) das Verlagsgeschäft zur Masse ziehen oder es abstoßen[211]), in welchem Fall er weder selbst zu erfüllen braucht[212]) noch vom Verfasser Erfüllung verlangen kann[213]). Letzterer wird also damit zur anderweitigen Veröffentlichung seines Werkes befugt und kann gegen die Masse einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Konkursforderung geltend machen.

Besteht der Konkursverwalter auf Erfüllung, so richten sich die Gegenansprüche des Verfassers wider die Masse[214]). Die Masse haftet also für ordnungsmäßige Erfüllung der Verlegerpflichten und hat anderseits die Befugniß zur Verwerthung des Verlagsrechts. Die Verwerthung kann in der Veräußerung des Verlagsrechts an einen Dritten bestehen[215]). Der Verfasser kann die Uebertragung unter diesen

207) Denn der Verleger befindet sich im Annahmeverzuge. S. o. § 269 Note 2.

208) Bei Konkurs des Verfassers s. o. Note 40.

209) Aus Gründen wie bei lit. e, und weil der Konkurs voraussichtlich zur Uebertragung des Verlagsrechts auf einen Dritten (s. o. Ziff. 2) führen wird.

210) § 17 KO. Diese Vorschrift handelt ihrem Wortlaut nach nur von beiderseits nicht oder nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen. § 36 unseres Gesetzes bezieht ihn bei der Eigenartigkeit des Verlagsgeschäfts mit Recht auch auf den Fall, da der Verfasser das Werk vor der Konkurseröffnung bereits abgeliefert hat.

211) Die Erklärung des Konkursverwalters ist auch dem Gemeinschuldner gegenüber bindend.

212) Das etwa schon gelieferte Manuskript ist dem Verfasser zurückzuerstatten.

213) Der Verfasser kann nach Anleitung des § 17 Abs. 2 KO. unverzügliche Erklärung verlangen, ob auf Erfüllung bestanden werde oder nicht, mit der Folge, daß andernfalls das Recht auf Erfüllung aufhört.

214) Sie sind Masseschulden. § 59 Ziff. 2 KO.

215) In anderer Weise ist sie oft kaum möglich, da das zur Masse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners doch behufs Vertheilung an die Gläubiger möglichst schnell zu verflüssigen ist.

Umständen nicht hindern[216]): der Dritte erwirbt sämmtliche Rechte aus dem Verlagsvertrage[217]) und tritt in die sich aus dem Vertragsverhältniß ergebenden Verpflichtungen ein. Die Konkursmasse haftet jedoch, wenn der Erwerber diese Pflichten nicht erfüllt, für den von ihm zu leistenden Schadensersatz wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat[218]). Bei Aufhebung des Konkursverfahrens sind diese etwaigen Ansprüche des Verfassers gegen die Masse sicherzustellen[219]). § 36 Abs. 1 u. 2.

5. Aus den hervorgehobenen Gründen ergibt sich, wie gezeigt, bald von selbst ein Erlöschen des Vertragsverhältnisses, bald eine Beendigung durch Kündigung oder Rücktritt von dem Vertrage. Neben den hier erwähnten (gesetzlichen) Fällen kann die Befugniß zum Rücktritt sich auch sonst aus dem Vertrage ergeben[220]). Für alle diese Fälle gilt nun die Besonderheit[221]), daß die Beendigung des Vertragsverhältnisses auch nur theilweise erfolgen kann, wenn andere Theile des Vertrags definitive (bestimmungsmäßige) Erledigung gefunden haben[222]). § 38. Dies trifft z. B. zu, wenn zur Zeit des Rücktritts ꝛc. das Werk ganz oder zum Theil abgeliefert oder bereits vervielfältigt und verbreitet worden war. Ob und in welchem Umfang hier der Vertrag aufrecht zu erhalten ist, hängt von den Umständen ab. Im Zweifel soll der Vertrag soweit bestehen bleiben[223]), als er sich auf die nicht mehr zur Verfügung des Verlegers stehenden Abzüge[224]), auf frühere Abtheilungen des Werks[225]) oder auf ältere Auflagen erstreckt. Soweit der Vertrag bestehen bleibt, hat der Verfasser auf den entsprechenden Theil der Vergütung Anspruch[226]).

216) Sondern nur nach lit. a. Also nicht in der Weise wie oben bei Note 58 ff.

217) S. o. bei Note 65 ff.

218) Hier wird der Eintritt in das Rechts- und Pflichtenverhältniß nach Art wie bei der Miethe in § 571 BGB. behandelt. S. o. § 243 bes. bei Note 9. Das Verlagsverhältniß geht auf den dritten Erwerber über; damit aber der Verfasser nicht über seinen Kopf hinweg die Sicherung von Seiten des ursprünglichen Schuldners verliert, bleibt dieser als selbstschuldnerischer Bürge verhaftet.

219) Also die Beendigung des Konkursverfahrens wird durch die bürgschaftliche Haftung nicht aufgehalten. Die Mittel der Sicherstellung sind die gewöhnlichen. Bd. I § 134.

220) S. o. §§ 174 ff.

221) Arg. § 38 Abs. 4 d. Ges.

222) In solchem Falle würde die totale Rückgängigmachung regelmäßig nicht der Parteiabsicht entsprechen. Ja sie wäre oft schlechterdings unmöglich.

223) Außer dieser Vermuthung ließ sich eine allgemein gültige Bestimmung nicht geben.

224) Also z. B. die verkauften Exemplare.

225) S. o. Note 182.

Nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses kann der Verfasser das Werk wieder anderweitig in Verlag geben.

6. Einige Besonderheiten gelten für Beiträge zu einer Zeitung, einer Zeitschrift oder zu sonstigen periodischen Sammelwerken. Bei diesen ist

a) mangels entgegenstehender (auch aus den Umständen zu entnehmender) Vertragsbestimmung der Verfasser nicht zur Gewährung des ausschließlichen Rechtes zur Vervielfältigung und Verbreitung des Werks an den Verleger verpflichtet. Vielmehr behält der Verfasser die anderweitige Verfügung über seinen Beitrag; und zwar auch zu einer Publikation, die gleichzeitig mit der ersten erfolgt.

Sollte der Verleger nach dem Vertrage das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung erhalten, so ist das Recht kraft Gesetzes[227]) zeitlich beschränkt[228]). Der Verfasser kann daher über einen Zeitungsbeitrag alsbald nach dem Erscheinen der betreffenden Zeitungsnummer, über andere Beiträge nach Ablauf des Kalenderjahrs, in welchem sie erschienen sind, und des nächstfolgenden Jahres verfügen. § 42.

b) Auf der anderen Seite kann der Verleger von der den Beitrag enthaltenden Nummer beliebig viele Abzüge herstellen. Bei der Herstellung ist er von der Pflicht rechtzeitiger Vorlegung eines Abzugs an den Verfasser befreit. Er kann auch, wenn der Beitrag ohne Namen des Verfassers erscheint, an der Fassung die bei Sammelwerken der betreffenden Art üblichen Aenderungen vornehmen. §§ 43, 44. Sofortige Aufnahme auch des fertigen Beitrags kann der Verfasser nicht verlangen: er kann nur, wenn der Beitrag binnen Jahresfrist seit der Ablieferung nicht veröffentlicht worden ist, den Vertrag kündigen und seine Vergütung verlangen[229]). Einen Anspruch auf Vollzug der Publikation oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung hat er nur, wenn ihm der Zeitpunkt des Erscheinens vom Verleger bezeichnet worden war. § 45.

Eine Verpflichtung des letzteren zur Lieferung von Freiexemplaren

---

226) Im Uebrigen wirkt der Rücktritt nach den allgemeinen Grundsätzen des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts (§§ 346—356 BGB.); die Kündigung nur für die Zukunft. Vgl. § 37 d. Ges. u. oben Noten 96, 145.

227) Wenn auch nicht zwingend! Gegentheilige Abrede ist zulässig.

228) Weil das periodisch erscheinende Werk, nachdem die betreffende Nummer einmal abgesetzt ist, durch anderweitige Verbreitung des Beitrags kaum mehr geschädigt wird.

229) Sofern eine solche nach dem Vertrage überhaupt stattfindet.

an den Verfasser besteht, mit Ausnahme bei Zeitungen, auch hier[230]); dagegen nicht die Pflicht zur Lieferung von Abzügen zum Buchhändlerpreise. § 46.

V. Verwahrung und Einbringen von Sachen bei Gastwirthen.

A. Verwahrung*.

§ 275.

1. Begriff und Arten.

Unter Verwahrung versteht das Gesetz die Annahme beweglicher Sachen zur Aufbewahrung durch Privatpersonen für Andere[1]). Der Verwahrungsvertrag geht auf diese Aufbewahrung.

1. Das Aufbewahren ist eine Thätigkeit. Es ist nicht zu verwechseln mit der bloßen Hergabe eines Raumes, in dem der Andere die Sache aufstellen oder niederlegen kann[2]). Die Verwahrung gehört daher unter die Gattung der Verträge über Arbeit. Anderseits handelt es sich um eine Thätigkeit leichtester Art, auf welche die bisherigen Vorschriften über entgeltliche oder unentgeltliche Geschäftsbesorgung[3]) keine Anwendung finden. Soll doch die wirthschaftliche Lage des anderen Theils durch den Vertrag nicht verbessert, die Sache vielmehr nur vor nachtheiligen Einflüssen bewahrt werden. §§ 688 ff. BGB.

Die Verpflichtung des Verwahrers geht daher nur auf Obhut und dereinstige Rückgabe der Sache: auf ihre „Erhaltung", nicht Verwaltung[4]). Wer mit Verwaltung einer Sache betraut ist, steht je nach-

---

230) S. jedoch oben Note 152.

*) Vgl. v. Schey, Obligationsverhältnisse I (1895) S. 55, 281 ff.; Schollmeyer § 7; Dernburg §§ 349 ff.; Endemann I § 185; Cosack § 154; Mathiaß I § 126; Enneccerus I §§ 302 ff.

1) Die Annahme von Gegenständen zur Verwahrung durch öffentliche Behörden wird Hinterlegung, nicht Verwahrung genannt. S. o. § 189 und Bd. I § 134.

2) Dies folgt aus dem Begriff des „Aufbewahrens", das nach dem Sprachgebrauch mehr ist als Gestattung der Niederlegung, sowie aus dem Inhalt der §§ 690, 691, 692 u. 693 BGB. — Die Vermiethung von Stahlkammern seitens der Bankhäuser ist ebenfalls mehr als Raumgewährung, vielmehr spezifische Verwahrung vor schädlichen Einflüssen (s. u.). Die Miethe ist nur eine Form der Vergütung. S. dazu Wilutzky u. Haucke in d. deutschen Juristenzeitung Bd. 5 S. 295, 389.

3) S. o. §§ 252—253, 257 ff., 264 ff.

4) Was dazu gehört, ist Thatfrage. S. Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte (1897) S. 456 ff. u. oben § 157 Note 5 ff. über den Begriff der Obhut (custodia). S. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 4 S. 93. Z. B. Abends sind nach den Umständen Thüren und Fenster zu verschließen. Ein Thier ist auch zu füttern.

dem in einem Auftrags- oder Dienstverhältnisse[5]). Doch schließt die Verwahrung einzelne Verwaltungsmaßregeln nicht aus, soweit es sich um bloße Nebenbestimmungen des Vertrages[6]) oder um freiwillige Aufwendungen des Verwahrers handelt. S. § 693 BGB.

2. Hieraus erklärt sich auch die Beschränkung des Vertrages auf bewegliche Sachen[7]). § 688. Ein Grundstück ist in diesem Sinne nicht in Obhut zu nehmen. Es wird entweder verwaltet oder sich selbst überlassen. Letzterenfalls bedarf es keines Verwahrers[8]).

3. Die Aufbewahrung muß Hauptzweck des Geschäfts sein. Zahlreiche andere Geschäfte involviren nach ihrem Inhalt unter Umständen auch eine Aufbewahrungspflicht[9]); die Regeln des Verwahrungsvertrags kommen darauf nicht zur Anwendung[10]).

Entsprechend geht ein als solcher begründeter wirklicher Verwahrungsvertrag sofort in ein anderes Vertragsverhältniß über, wenn die ursprüngliche Verwahrungsabsicht von einer anderen Geschäftsabsicht verdrängt wird, wennschon die Sachen unverändert beim Empfänger verbleiben[11]). Vgl. § 607 Abs. 2, § 1205 Abs. 1 S. 2 BGB.

4. Die aus dem Verwahrungsvertrag entspringenden besonderen Verpflichtungen der Parteien beginnen, wenn die Sache dem Verwahrer übergeben worden ist. § 688. Der Verwahrungsvertrag ist ein Vertrag auf Rückgabe[12]). Allerdings kann man sich auch im

---

5) S. insbes. oben § 257 bei Note 24. Ist eine positive Bewachungspflicht übernommen, so liegt Verwaltung, nicht Verwahrung vor.

6) So ist zulässig die Verabredung, daß das zu verwahrende Pferd täglich einige Stunden bewegt werden solle, ohne daß sich der Charakter des Vertrags verändert. Beim offenen Depot (s. u. § 277) werden von den deponirten Papieren die Zinsscheine und Dividenden eingezogen und dem Deponenten gutgeschrieben.

7) Im ehemaligen gemeinen Recht war die Frage streitig.

8) Dies bestätigt auch die Vorschrift des § 303 BGB. — Hiernach fällt auch die Sequestration streitbefangener Grundstücke unter den Begriff des Auftrags oder Dienstvertrages (s. o. § 257 Note 24); diejenige von Mobilien nur dann, wenn dem Sequester Verwaltungsbefugnisse hinsichtlich der Sache eingeräumt sind. Sonst liegt Verwahrung mit einer Nebenklausel vor. S. Crome a. a. O. S. 455 ff. Ferner S. v. Nikonoff, Die Lehre v. d. Sequestration (1894).

9) Z. B. Kauf, Miethe, Leihe, Auftrag, Dienstvertrag, Werkvertrag u. s. schon l. 8 pr. mandati 17, 1. Aehnlich ist kraft Gesetzes mit dem Fund und dem Faustpfandrecht eine Verwahrungspflicht verbunden. S. §§ 966, 1215 BGB.

10) Schon weil sie vielfach laxer sind. S. z. B. § 690, 695, 696 BGB.

11) Z. B. als nunmehr geliehene Sachen oder als ein Pfand.

12) S. o. § 167 Ziff. III bei Note 23. Dies folgt aus der Natur der Sache und wird durch den Wortlaut des § 688 bestätigt. Zustimmend auch Motive Bd. 2 S. 569, Dernburg § 350 Ziff. III, Schollmeyer S. 60, Endemann, Mathiaß, Ennecerus, Oertmann u. A. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 392. A. M. Cosack § 154 III.

Voraus auf Uebernahme einer Sache zur Verwahrung verpflichten. Doch hat diese Verabredung vor erfolgter Uebergabe nur den Charakter eines Vorvertrags[13]). Hier kann die Uebernahme der Sache aus wichtigen Gründen[14]) abgelehnt werden. Arg. § 696 i. f. BGB.

Der Verwahrer ist heutzutage stets Besitzer der Sache[15]).

5. Die Verwahrung erfolgt im wirthschaftlichen Interesse des Gebers, nicht desjenigen, der die Sache übernimmt. Der Geber will sie behütet haben, der Empfänger soll keinen Nutzen von ihr ziehen[16]).

Anderseits folgt daraus nicht, daß die Verwahrung unentgeltlich geschieht[17]). Vielmehr kann sie gegen Vergütung aller Art übernommen sein[18]). Ja selbst ohne besondere Verabredung ist, wenn die Verwahrung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten war, die übliche resp. taxmäßige Vergütung zu entrichten[19]). § 689.

Mit der Vergütungsfrage hängt auch ein Unterschied der Haftung des Verwahrers zusammen. Bei Entgeltlichkeit der Verwahrung steht der Uebernehmer für jedes Verschulden ein[20]), bei Unentgeltlichkeit nur für die Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten[21]). § 690.

6. Die Verwahrung bezieht sich regelmäßig auf individuelle Objekte[22]). Die Sache bleibt im Eigenthum des Hinterlegers[23]) und

---

13) Eine Sache in Verwahrung zu geben, kann man sich bindend nicht verpflichten. Dies widerspräche dem Charakter des Geschäfts, wonach alles Interesse an der Uebernahme beim Hinterleger liegt, der Verwahrer am Empfang kein Interesse hat. S. u. Ziff. 5. Es wird bestätigt durch § 695 BGB. Hatte der künftige Empfänger schon Vorbereitungen für den Empfang der Sache gemacht, so bestimmt sich die etwige Entschädigungspflicht nach denselben Grundsätzen, wie wenn es zur Verwahrung gekomme wäre. § 693 BGB.

14) S. auch unten § 276 Note 8.

15) Ohne dies würde der wirthschaftliche Zweck des Geschäftes nicht erreicht. Vgl. im Uebrigen die Bemerkungen oben § 246 Note 8. — Beim Einlegen in Stahlkammern unter Mitverschluß des Bankiers entsteht Mitbesitz des Hinterlegers und Verwahrers.

16) Darin liegt der Hauptunterschied von Leihe und Darlehen.

17) Wie das röm. Recht, wennschon nicht ausnahmslos, annahm. Vgl. l. 2 § 23 Dig. vi bon. rapt. 47, 8. Anders schon die modernen Partikularrechte.

18) Wie beim Dienst- oder Werkvertrage ꝛc. S. o. §§ 257 Ziff. 5, 264 Ziff. 5. Der Vertrag ist ein gegenseitiger, wenn die Vergütung ein Aequivalent für die Verwahrungsthätigkeit darstellt. Anders wenn sie nur eine Form für den Ersatz der Auslagen des Verwahrers ist. Dies hängt von ihrer Höhe ab.

19) Z. B. bei der Abgabe von Sachen in einer öffentlichen Garderobe, bei Niederlegung in einem Lagerhause u. dgl.

20) Wie bei allen Verträgen. S. § 276 BGB. u. oben § 157.

21) Ueber diese Begriffe s. o. Bd. I § 109. — Die röm. Subtilitäten sind beseitigt.

22) Wie die Leihe. S. o. § 246 I Ziff. 2.

23) Sofern derselbe Eigenthümer war. Es steht nichts entgegen, auch

ist ihm dereinst in Natur zurückzuerstatten. Dagegen ist auch möglich, vertretbare Sachen in Verwahrung zu geben, sodaß dereinst nur Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren sind. Danach unterscheiden wir individuelle und offene Verwahrung. S. u. §§ 276 u. 277.

7. Mehrere Verwahrungsgeschäfte sind durch die Spezialgesetzgebung ausgezeichnet und hier nicht zu erörtern. Die allgemeinen Vorschriften finden darauf nur insoweit Anwendung, als daneben Raum ist. Hierhin gehört die Aufbewahrung in einem Lagerhause durch den gewerbsmäßigen Lagerhalter[24]). Ferner das kaufmännische Depotgeschäft nach RG. über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere v. 5. Juli 1896 und einige postalische Bestimmungen[25]).

§ 276.

2. Individuelle oder regelmäßige Verwahrung.

Die Einzelheiten des Verwahrungsvertrages konzentriren sich auf die beiderseitigen Verpflichtungen der Parteien. Dies gilt auch für die Beendigung des Verhältnisses, da eine bestimmte Zeit der Verwahrung selten verabredet wird, und wenn es dennoch geschehen wäre, dies jedenfalls den Hinterleger nicht bindet. § 695 BGB. Es erklärt sich aus dem Zweck des Geschäfts, wonach die Verwahrung im Interesse des Hinterlegers erfolgt[1]). Daher ist eine Zeitbestimmung wesentlich nur als zu seinen Gunsten getroffen anzusehen. Der Verwahrer seinerseits muß die bedungene Zeit aushalten[2]), kann aber wenigstens

---

fremde Sachen in Verwahrung zu geben, z. B. gemiethete, geliehene — ja selbst gestohlene. Ueber diese Fälle s. noch unten § 276 Ziff. I i. f. Wegen der Uebernahme der eigenen Sache zur Verwahrung gilt Entsprechendes wie bei der Miethe. S. o. § 234 Ziff. 4a.

24) Vgl. §§ 416 ff. HGB. und J. Burchard, Das Lagergeschäft in den Eisenbahnrechtl. Entscheidungen und Abhandlungen Bd. 16 S. 184, 285, 359; Bd. 17 S. 82.

25) Vgl. §§ 6 ff. RG. über das Postwesen v. 28. Okt. 1871. — In einigen Fällen ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Verwahrung durch einen gerichtlich bestellten Verwahrer anzuordnen. S. §§ 432, 1217, 1281, 2039 BGB. Davon wird an den betreffenden Stellen die Rede sein. Die Bestellung erfolgt durch das Amtsgericht der belegenen Sache (nach § 165 RG. über die freiw. Gerichtsbarkeit).

1) S. o. § 275 Ziff. 5. Da der Verwahrer die Sache nicht gebrauchen darf, hat er auch stets die Möglichkeit, zurückzugeben.

2) Ist keine Verwahrungszeit bestimmt, so kann er jederzeit die Rücknahme der Sache verlangen. Aus Treu und Glauben (oben § 142) und den Grundsätzen des Annahmeverzugs (§ 299 BGB.) folgt aber, daß dies mit angemessener Frist für die Abholung der Sache zu verstehen ist.

aus wichtigen Gründen[3]) die vorzeitige Rücknahme der Sache verlangen (also das Verhältniß kündigen). § 696.

I. Aus dem Verwahrungsvertrage ist in erster Linie der Verwahrer verpflichtet[4]). Und zwar hat er

1. die empfangene Sache aufzubewahren[5]), in der Weise wie der Vertrag es vorschreibt, im Uebrigen nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte[6]). Selbst von der vereinbarten Art der Aufbewahrung darf der Verwahrer im Zweifel abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf[7]), daß der Hinterleger bei Kenntniß der Sachlage die Aenderung billigen würde. Er hat jedoch vorher dem anderen Theil Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, falls nicht Gefahr mit dem Aufschub verbunden ist[8]). § 692.

Abgesehen hiervon[9]) darf die Sache im Zweifel nicht einem Dritten zur Verwahrung überlassen werden. Es liegt wesentlich ein Vertrauensverhältniß vor, das sich nicht ohne Weiteres auf Dritte überträgt. Ist die Weitergabe der Sache aber gestattet oder den Umständen nach erlaubt, so haftet der Verwahrer nur für Auswahl und Instruktion des Substituten[10]). — Für Gehülfen bei der Aufbewahrung[11]) haftet der Verwahrer wie für sein eigenes Verhalten. § 691.

2. Der Verwahrer darf die empfangenen Sachen nicht für sich oder einen Dritten gebrauchen[12]). Dies wäre Vertragsverletzung,

---

3) Wie ein Beauftragter. S. o. § 253 zu Note 48.

4) Ueber das Maß der von ihm zu vertretenden Sorgfalt s. § 275 Ziff. 5.

5) Ueber den Begriff s. o. § 275 Ziff. 1.

6) Lediglich hiernach richtet sich, ob er einseitige nachträgliche Anweisungen des Hinterlegers über die Art der Verwahrung zu beachten hat. Der Verwahrer ist kein gewöhnlicher Geschäftsbesorger (für den das oben § 252 Note 15 ff. Gesagte maßgebend ist).

7) Von seinem subjektiven Standpunkt aus. S. o. § 252 Note 16 u. 17.

8) Es gelten ähnliche Grundsätze wie bei der Geschäftsbesorgung. S. o. § 252 Note 19 ff. Z. B. das Haus, wo die Sache verwahrt werden sollte, brennt ab.

9) Es versteht sich von selbst, daß § 691 BGB. auch aus § 692 zu erklären ist, obschon dies die Meisten nicht betonen.

10) Die allgemeinen Folgen der befugten und unbefugten Substitution beim Auftrag (oben § 253 Ziff. 2a) kommen auch hier entsprechend zur Geltung. — Nur ist zu beachten, daß der Verwahrer nach § 690 BGB. eventuell nur für culpa in concreto verantwortlich ist.

11) Z. B. Portiers, Wächter ꝛc. § 691 hebt dies noch einmal besonders hervor. S. o. § 157 Ziff. II. Es ist zuzusehen, ob die Verfehlung des Gehülfen, wenn sie vom Herrn selbst begangen wäre, nach den Grundsätzen seiner Verantwortlichkeit für culpa in concreto in Betracht kommt.

12) Wegen eventuellen Gebrauchs für den Hinterleger s. o. § 275 Note 6.

die ihn nach allgemeinen Grundsätzen ersatzpflichtig macht[13]). In eigenen Nutzen verwendetes Geld hat der Verwahrer unter allen Umständen vom Tage der Verwendung zu verzinsen[14]). § 698.

3. Mit Beendigung des Vertrags[15]), insbesondere auf Verlangen des Hinterlegers, sind die verwahrten Sachen zurückzugeben; und zwar dem Hinterleger selbst oder einem Dritten nach Maßgabe des Vertrages[16]) oder besonderer Anweisung[17]). Bis zur wirklichen Rückgabe besteht die Verwahrung weiter[18]). Die Rückgabe hat am Aufbewahrungsorte zu geschehen. Dort also hat der Empfangsberechtigte die Sache abzuholen, der Verwahrer hat sie ihm nicht zu überbringen. § 697. Anders nur, wenn die Uebersendung bedungen ist. Aber auch dann geschieht letztere regelmäßig auf Kosten und Gefahr des Empfängers[19]). Selbstverständlich ist mit der Sache ihr Zuwachs und alle Nutzungen herauszugeben, soweit nicht ein Anderes aus der Vertragsabsicht folgt[20]). Für Fehlendes ist nach Maßgabe der Verantwortlichkeit des Verwahrers Ersatz[21]) zu leisten[22]).

Gegen den Rückgabeanspruch hat der Verwahrer die gewöhnlichen Einwendungen. Also insbesondere die Berufung auf eigenes Eigenthum an der hinterlegten Sache[23]), nicht auch des Eigenthums eines

---

13) Die röm. Grundsätze über furtum usus sind abgeschafft. — Mangels Verschulden ist die eventuelle ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben.

14) S. o. 149.

15) S. o. vor Ziff. I.

16) Die Verwahrung kann mit einem Vertrag zu Gunsten Dritter (s. o. §§ 179 ff.) verbunden werden. Dies geschieht sogar sehr häufig. — Ein Sequester (s. o. § 275 Note 8) hat vertragsmäßig an denjenigen abzuliefern, der im Streit obsiegt.

17) S. o. § 182.

18) Also insbesondere die Art der Verhaftung des Verwahrers. — Kommt letzterer aber in Verzug, so haftet er von nun an für jedes Verschulden. § 287 BGB. — Anderseits kann sich der Verwahrer nach den Regeln des Annahmeverzugs (oben §§ 163 ff.) befreien. Dafür kommt das im Text Folgende besonders in Betracht. Unter Umständen kommt der Hinterleger durch Säumniß der Rücknahme in Leistungsverzug. S. u. II Ziff. 4.

19) Die Bestimmung des § 697 ist nicht zwingend resp. so wesentlich, daß der Vertrag durch ihren Ausschluß in einen anderen überginge. Aber die Abweichung ist einschränkend auszulegen, daher zunächst nicht in dem Sinne, daß der Erfüllungsort verändert wird. S. schon l. 12 pr. § 1 Dig. depositi 16, 3.

20) Das Prinzip ergibt sich aus Ziff. 2, die Ausnahme aus der gestatteten Parteiabrede im Sinne des § 275 bei Note 6. Z. B. der irgendwo untergestellten Milchkuh wird die Milch abzunehmen sein.

21) Eventuell nur durch Erstattung der Bereicherung. S. o. Note 13.

22) Einen unmittelbaren Anspruch auf Rückgabe gegen den Dritten, bei dem der Verwahrer die Sache untergebracht hatte, ist dem Hinterleger nicht (wie dem Vermiether und Verleiher) zugestanden.

23) S. darüber oben § 237 Note 42, Entsch. d. RG. Bd. 15 S. 210.

Dritten[24])[25]). Er hat nach allgemeinen Grundsätzen das Zurückbehaltungsrecht[26]) und die Befugniß zur Aufrechnung[27]).

Im Konkurs des Verwahrers hat der Hinterleger ein Aussonderungsrecht. § 43 KO.

II. Die eventuellen Gegenverpflichtungen des Hinterlegers sind folgende.

1. Er hat die für die Verwahrung geschuldete Vergütung zu entrichten[28]), jedoch erst bei Beendigung der Aufbewahrung[29]) oder mit Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte, für welche die Vergütung bemessen ist. Bei vorzeitiger Rücknahme des Depots verfällt die Vergütung im Zweifel nur zu einem entsprechenden Theile. § 699.

2. Der Hinterleger muß dem Verwahrer die Aufwendungen ersetzen, die letzterer auf die zu verwahrende Sache oder sonst zum Zwecke der Verwahrung gemacht hat[30]), soweit er sie den Umständen nach für erforderlich erachten durfte[31]). § 693.

3. Weiter haftet der Hinterleger für den Schaden, der dem Verwahrer durch die Beschaffenheit der Sache entsteht, und zwar unbedingt, sofern nicht der Hinterleger beweist[32]), daß er die

24) Es sei denn, daß der Dritte schon die Sache dem Verwahrer abgestritten hätte, ohne daß letzterer dem Hinterleger regreßpflichtig ist. Der Verwahrer muß sich dazu regelmäßig der Streitverkündung an den Hinterleger bedienen. S. § 76 CPO. Sonst aber ist die Weigerung der Rückgabe aus dem Recht des Dritten unzulässig. Wegen seiner Ansprüche wider den Dritten kann der Verwahrer die Sache auch nicht dem Hinterleger durch Beschlagnahme entziehen. Entsch. d. RG. Bd. 15 S. 182.

25) Umgekehrt braucht der Verwahrer, wenn er entdeckt, daß die Sache gestohlen ist, den wahren Eigenthümer nicht zur Geltendmachung seines Eigenthumsanspruchs aufzufordern (wie nach Art. 1938 Code Nap.). Er kann sogar, wenn der Hinterleger die Sache zurückfordert, die Rückgabe deshalb nicht weigern (exc. ex iure tertii).

26) S. o. Bd. I § 124. Insbesondere wegen Verwendungen (§ 693 BGB.).

27) Die Ausnahmen der älteren Rechte sind beseitigt. S. Mot. Bd. 2 S. 579.

28) S. darüber oben § 275 Ziff. 5.

29) Postnumerando wie bei der Miethe. Danach wird regelmäßig Rückgabe der Sache und Zahlung Zug um Zug zu geschehen haben.

30) Z. B. Beschaffung eines geeigneten Raumes für dieselbe.

31) Von seinem subjektiven Standpunkt aus. S. o. Note 7 u. Cit. Z. B. er zog einen Arzt oder Sachverständigen zu. War dies von seinem Standpunkt aus vernünftig, so kann er Ersatz dafür verlangen. — Im Uebrigen gelten die Regeln der unbeauftragten Geschäftsführung. S. o. §§ 254 ff.

32) Durch diese Umkehrung der Beweislast wird zwischen dem schärferen Standpunkt (des Art. 1947 Code Nap. und Unger's in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 33 S. 321), wonach der Verwahrer für durch die Sache selbst angerichtete Schäden absolut haftet, und der gemeinrechtlichen Lehre (die ihn auch in dieser Beziehung nur bei Verschulden verantwortlich macht) vermittelt. Das Kompromiß ist ähnlich wie in §§ 831 ff. BGB. Es ist klar, daß der Hinterleger für die in seinem lediglichen Interesse verwahrte Sache stärker als sonst einstehen muß.

gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kannte noch kennen mußte[33]) — oder daß er den Verwahrer darauf aufmerksam gemacht[34]) oder daß letzterer sie ohne Anzeige gekannt habe[35]). § 694.

Für sonstige dem Verwahrer durch das Depot verursachte Schäden haftet der Hinterleger nur soweit ihm ein Verschulden nachgewiesen ist[36]).

4. Nach Beendigung der Vertragszeit[37]) hat der Hinterleger die Sache auf Verlangen des Verwahrers zurückzunehmen, geräth also durch nicht rechtzeitige Abholung[38]) nicht blos in Annahme-, sondern gegebenenfalls[39]) auch in Leistungsverzug. § 696.

§ 277.

3. Offene Verwahrung vertretbarer Sachen.

I. Werden vertretbare Sachen mit der Bestimmung hinterlegt, daß das Eigenthum daran auf den Verwahrer übergehen und letzterer nur verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so liegt eine offene Verwahrung vor, die sich aus Elementen der gewöhnlichen Verwahrung und des Darlehens zusammensetzt[1]). § 700 BGB. Wir reden hier von irregulärer Verwahrung, Summendepot (depositum irregulare).

1. Die Vereinbarung des Eigenthumsübergangs ꝛc. kann sofort

---

33) Der Hinterleger haftet für jedes Verschulden.

34) Es ist Anzeige (empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme) nothwendig.

35) Das Beweisthema ist alternativ. — Natürlich muß der Verwahrer zuerst darthun, daß und welcher Schaden ihm durch die Sache zugefügt ist.

36) Hierwegen bewendet es bei den gewöhnlichen Grundsätzen. § 276 BGB.

37) S. o. vor Ziff. I. Oder vorher aus „wichtigen Gründen".

38) Falls keine Uebersendung bedungen ist. S. o. Note 19.

39) S. o. §§ 161 ff.

1) Die Sache liegt ähnlich wie beim Werklieferungsvertrag (oben § 270) im Verhältniß zu Kauf- und Werkvertrag. Auch die Methode des Gesetzes ist hier (§ 700 BGB.) keine andere. Daß das depositum irregulare kein Darlehen ist, sollte selbstverständlich erscheinen. Denn der Geschäftszweck ist nicht Leihen, sondern Verwahrung. Das Gesetz sagt nichts, was dem entgegen wäre; im Gegentheil es ist nach Note 12 u. 16 damit vollkommen vereinbar. S. auch unten Ziff. II. Näheres bei Crome, Partiar. Rechtsgesch. (1897) S. 463 ff. Zustimmend Dernburg § 351 I bes. Ziff. 3; Mathiaß § 126 III; Oertmann § 700 Note 1. S. auch v. Schey, Obligationsverhältnisse S. 55 ff., 281 ff. Entsch. d. RG. Bd. 12 S. 87 ff. A. M. nicht überzeugend Niemeyer, Depos. irregulare (1889), Cosack § 154 VI. — Natürlich kann ein reines Darlehen entstehen, wenn der ehemalige Verwahrer die Sachen in eigenem Interesse behält (also leiht). Darüber s. schon oben § 275 Ziff. 3 am Ende. Dazu genügt § 607 Abs. 2 BGB. (es bedurfte nicht des § 700).

bei der Uebergabe der Sachen stattfinden[2]). Dann hat die Verwahrung unmittelbar den modifizirten Charakter.

Es ist aber auch möglich, daß die Abrede erst später getroffen wird[3]). Dann verändert sich der Charakter des Geschäfts erst in dem Augenblicke, da der Hinterleger das Eigenthum an den verwahrten Sachen verliert[4]). Dies vollzieht sich

a) durch Vertrag der Parteien über den Eigenthumsübergang[5]),

b) durch einseitige Gestattung[6]) der Verfügung über die Sachen[7]) oder deren Aneignung durch den Verwahrer, wenn letzterer daraufhin von der Ermächtigung Gebrauch macht. Dies kann geschehen durch Erklärung an den Hinterleger[8]), aber auch durch anderweitige Aneignungs- oder Verfügungsakte[9]), z. B. Einlegung der Sachen in bestimmte Tresors, Ueberschreibung in den Büchern, Veräußerung, Verpfändung der Effekten u. s. w. Bis dahin bleibt das Eigenthum beim Hinterleger, und die Natur des einfachen Verwahrungsgeschäftes gewahrt. Es handelt sich zunächst nur um eine Ermächtigung an den Verwahrer[10]). § 700 Abs. 1 S. 2.

2. Die Abrede über den Verbrauch der Sachen kann direkt oder indirekt getroffen werden, z. B. aus den Umständen bei der Uebergabe hervorgehen[11]). Nur bei der Hinterlegung von Werthpapieren verlangt das Gesetz eine spezielle Festsetzung dieses Punktes[12]),

---

2) Die Uebergabe ist dann nicht blos Besitz-, sondern Eigenthumsübergabe. S. § 929 BGB. — Ist die Abrede im Voraus getroffen, so muß man annehmen, daß die Uebergabe auch ohne besondere Wiederholung in diesem Sinne erfolgt S. u. Ziff. 2.

3) D. h. nach Uebergabe der Sachen zu gewöhnlicher Verwahrung.

4) § 700 Abs. 1 Satz 2 BGB. spricht davon, daß der Hinterleger in diesem Fall nachträglich dem Verwahrer gestattet, die hinterlegten Sachen zu verbrauchen (was die Veräußerung in sich schließt). Hier ist der Vorgang zu analysiren.

5) Traditio brevi manu. § 929 Satz 2 BGB.

6) Einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Hinterlegers. S. o. Bd. I § 88. Nicht blos Vertragsantrag. Also überhaupt, — nicht blos in den Grenzen des § 147 Abs. 2 BGB. bindend!

7) Der Verwahrer ist dann dazu nach Bd. I § 84 legitimirt.

8) Darin liegt eine Aneignung im Sinne § 929 S. 2 BGB.

9) Auch in der Verfügung über die Sache liegt eine Aneignung im Sinne des § 700 BGB., gerade so wie im Verbrauchen.

10) Zufälliger Untergang der Sachen nach Ertheilung der Ermächtigung schließt keinen Aneignungsakt des Verwahrers in sich. Die Sachen bleiben auf Gefahr des Hinterlegers.

11) Nach Bd. I § 86. So z. B. wenn Gelder unverschlossen in Verwahrung gegeben werden.

12) Stillschweigen des Hinterlegers auf eine diesbezügliche Anfrage des Verwahrers genügt nicht. S. o. Bd. I § 86 Note 7 u. 17. — Ist ein Darlehen beabsichtigt, so fällt die Erschwerung weg. S. § 607 Abs. 2 BGB.

widrigenfalls der Verwahrer zur Aneignung oder dem Verbrauch der Effekten nicht berechtigt ist[13]). § 700 Abs. 2. Aber auch in anderen Fällen wird bei Herleitung der Erklärung aus den Umständen mit äußerster Vorsicht zu verfahren sein[14]).

3. Die Folgen des irregulären Depots ähneln dem Darlehen insofern, als der Verwahrer die in sein Eigenthum übergegangenen Effekten nicht zu behüten braucht, selbst gebrauchen und verbrauchen darf und dereinst nur zur Rückerstattung von „Ebensoviel" in gleicher Art und Güte verpflichtet ist[15]). In Folge dessen trägt er wie bei jeder Gattungsschuld die Gefahr, während umgekehrt der Hinterleger im Konkurs des Verwahrers kein Aussonderungsrecht[16]), sondern nur eine Konkursforderung hat[17]). Demgegenüber fällt es kaum in's Gewicht, daß der Verwahrer hier regelmäßig für jedes Verschulden haftet[18]). Als Entgelt für die gestattete Benutzung der Werthe kann er zur Zahlung von Depositalzinsen verpflichtet sein[19]).

Dagegen bestimmen sich Zeit und Ort der Rückgabe des Depots im Zweifel nach den Grundsätzen der gewöhnlichen Verwahrung[20]). Die Rückgabe kann also vom Hinterleger jederzeit und ohne Kündigungsfrist verlangt werden, während der Verwahrer vor der verabredeten Zeit nur aus wichtigen Gründen kündigen kann. Die Rückgabe erfolgt am Verwahrungsorte[21]).

---

13) Es liegt dann also eine Unterschlagung vor. Diese Konsequenz ist beabsichtigt als Sicherungsmittel für den Hinterleger. — Das Reichsgesetz über die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Werthpapiere v. 5. Juli 1896 fügt noch hinzu, daß die Gestattung des Verbrauchs von Seiten des Hinterlegers ꝛc., der nicht selbst gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte treibt, nur dann gültig ist, wenn sie für jedes einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich abgegeben wird.

14) Weil der Hinterleger mit der Erklärung sich des wichtigsten Sicherungsmittels beraubt.

15) Auch der Ersatz von „Aufwendungen" steht folgeweise nicht in Frage.

16) Wie oben § 276 Ziff. I i. f. Alles dies folgt aus dem Inhalt der Klausel. Die in § 700 BGB. bestimmte Anwendung der positiven Darlehensvorschriften beschränkt sich nach Abstrich der Ausnahmen auf den ganzen § 608 (der für das Darlehen noch nicht einmal wesentlich ist) und die Haftung des Verwahrers für levis culpa (Note 18), die auch bei der gewöhnlichen Hinterlegung vorkommt und sich hier sattsam aus dem Eigenthumsverlust des Hinterlegers erklärt.

17) Auch ein Strafschutz des Hinterlegers (wie oben Note 13) ist nicht gegeben.

18) Arg. § 276 BGB. an Stelle von § 690.

19) Arg. § 608 BGB. Wegen des vorwiegenden Interesses des Hinterlegers am Geschäft und der jederzeitigen Rückgabepflicht sind die Depositalzinsen meist niedriger als Darlehenszinsen.

20) D. h. statt § 609 BGB. bleibt es bei Anwendung der §§ 695—697 eod.

21) S. o. § 276 bei Note 1 ff. u. 19.

II. Eine Bestimmung der Rückgabe des Hinterlegten in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge ist aber auch ohne Eigenthumsübergang an den Verwahrer möglich. Hierauf paßt § 700 BGB. nicht; das Geschäft schließt sich noch enger an die Regeln der individuellen Verwahrung[22]) an. Die Offenheit des Depots bewirkt nur[23]), daß der Verwahrer das Recht erhält, die hinterlegten Sachen mit eigenen oder fremden gleichfalls bei ihm hinterlegten zu vermischen[24]). Sammeldepot oder Vermengungsdepot. Auch hier bleibt das Eigenthum des Hinterlegers nicht unberührt, aber es geht nicht auf den Verwahrer über. Vielmehr gehört die Gesammtmasse der vermischten Gegenstände den Eignern gemeinschaftlich[25]), und jeder hat daran das Recht auf einen Bruchtheil, der seiner ursprünglichen Einlage gleichkommt[26]). Der Antheil steht auf seine Gefahr. Anderseits kann er ihn im Konkurse des Verwahrers aussondern[27]). Auch sonst gelten die Regeln der gewöhnlichen Verwahrung.

B. Einbringen von Sachen bei Gastwirthen*.

§ 278.

Eine Verschärfung der Verwahrungsgrundsätze im Falle der sog. nothgedrungenen Hinterlegung[1]) kennen unsere Gesetze nicht mehr. Das Motiv ist auch hier gleichgültig. Dagegen hat sich die strengere Haftpflicht der Gastwirthe für die von ihren Gästen eingebrachten Sachen[2]) bis zu gewissem Umfang erhalten[3]).

---

22) Oben § 276.

23) Auch diese Klausel kann sich als gewollt aus den Umständen ergeben; und da sie für den Hinterleger weniger gefährlich ist, so ist sie auch weit leichter anzunehmen.

24) Z. B. in einem Waarenlager oder in einer gemeinschaftlichen Kasse. — Beim handelsrechtlichen Lagergeschäft ist der Lagerhalter zu dieser Vermischung nur befugt, wenn sie besonders gestattet ist. S. § 419 Abs. 1 HGB. u. oben Note 12.

25) S. u. § 286.

26) S. schon l. 5 pr. Dig. de rei vind. 6, 1.

27) Ebenso besteht der Strafschutz gegen den Verwahrer wegen Unterschlagung.

*) S. Sturm, Die Haftpflicht der Gastwirthe (1892) und Einbringung von Sachen bei Gastwirthen (1900); Fuld, Miethrecht S. 258; Langen, Die privatrechtliche Stellung der Wirthe 2c. (1902). — Dernburg § 353; Endemann I § 186; Mathiaß I § 127; Enneccerus I §§ 305 ff.

1) Sog. depositum miserabile.

2) Vgl. Tit. Dig. nautae caupones 4, 9. — Die verschärfte Haftung der Schiffer ist beseitigt. Sie war gemeinrechtlich konsequent auch auf die Landfracht erstreckt worden (vgl. Art. 395 ff. des alten HGB.). Dies ist wieder abgeschafft. Vgl. § 429 HGB., auch § 58 BinnenschiffahrtsG. v. 15. Juni 1895.

Auch der Gast ist in einer Nothlage. Er muß sich mitsammt seinen Habseligkeiten in dem Gasthaus dem Wirthe anvertrauen, den er sowenig wie dessen Leute und die sonstigen Sicherheitsverhältnisse des Hauses kennt[4]). Bei dadurch hervorgerufenen Verlusten an seinem Gut käme er mangels verschärfter Haftung des Wirthes oft zu Schaden, da er die Thäter nicht ermitteln und von ihnen Ersatz begehren kann. Anderseits haftet das eingebrachte Gut des Gastes dem Wirthe als Vermiether[5]). Somit wird zweckmäßig Vortheil und Nachtheil ausgeglichen: der Wirth haftet dem Gaste *für Verlust und Beschädigung der eingebrachten Sachen im Allgemeinen bis zur höheren Gewalt*[6]), und das Pfandrecht an den Sachen des Gastes wird dem Wirthe nicht blos wegen seiner Miethleistungen, sondern *wegen seiner gesammten Leistung als Gastwirth zugestanden*.

Abgesehen von diesen beiden Punkten unterliegt das Verhältniß des Gastes zum Wirthe in allen Beziehungen den gewöhnlichen Vertragsregeln (Miethe, Kauf, Dienstvertrag u. s. w.). Die hier in Rede stehende besondere Haftung ist eine *gesetzliche*[7]). Daher kommt sie auch *geschäftsunfähigen Gästen zu Gute*.

I. *Haftung des Gastwirths für die eingebrachten Sachen.*

1. *Voraussetzung* der verschärften Haftung ist nach § 701 BGB.

a) daß das Einbringen bei einem *Gastwirthe*[8]) erfolgt, welcher *gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung*[9]) aufnimmt, und daß die Aufnahme im Betriebe dieses Gewerbes stattfindet[10]);

Danach kann die Haftung durch den Beweis ausgeschlossen werden, daß der Verlust oder die Beschädigung des Guts durch Umstände herbeigeführt sind, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abzuwenden waren. Ebenso denn auch jetzt allgemein bei Schiffern.

3) Aus dem in Note 2 Gesagten folgt auch die Unanwendbarkeit der §§ 701 ff. BGB. auf den Verlust oder die Beschädigung von Sachen in *Schlafwagen* und *Dampfschiffskajüten*. A. M. *Fuld* in der deutschen Juristenzeitung Bd. 5 S. 227.

4) Man sage nicht, daß dies auch im Fall der Note 3 zutreffe. Denn auf der Fahrt kann man sein Gepäck aufgeben. Und schlafen und Bestohlenwerden kann man auf der Fahrt auch bei Tage, und in Abtheilen, die nicht mit Bettzeug hergerichtet sind.

5) S. o. § 244.

6) S. über diese Art der Haftung schon oben Bd. I § 110.

7) A. M. *Oertmann* vor § 701 Note 3. S. aber *Dernburg* § 353 Ziff. VI.

8) Dies ist *nicht* der Vermiether einer *Schlafstelle*; nicht *Ortsbewohner*, die bei Ueberfüllung des Gasthauses den Fremden aufnehmen (eine andere Frage ist, ob sie als Vertreter des Gastwirths erscheinen, sodaß dieser haftet). Eine Familienpension genügt. S. noch oben Note 3.

9) *Nicht blos zum Essen und Trinken* ꝛc. Also Restaurateure, Kaffee-, Wein-, Schnaps- und Bierwirthe unterstehen der Vorschrift nicht (auch wenn sie

b) daß es sich um vom Gaste *eingebrachte Sachen* handelt. Dies sind nicht nur solche, welche der Gast bei sich führt, sondern auch diejenigen, welche für ihn nach seiner Aufnahme in das Gasthaus eingebracht wurden[11]). Auch die Art der Sachen ist gleichgültig. Es braucht sich weder um Reiseeffekten zu handeln, noch um Sachen, die für den persönlichen Gebrauch des Gastes bestimmt sind. Ja die Sachen brauchen nicht einmal dem Reisenden zu gehören[12]).

Die Sachen sind *eingebracht* nicht nur wenn sie in das Gasthaus gebracht sind, sondern schon dann, wenn sie dem Gastwirth oder seinen Leuten, die zur Entgegennahme der Sachen bestellt[13]) oder den Umständen nach als bestellt anzusehen waren[14]), übergeben sind[15]), oder wenn sie vom Gaste selbst an einen ihm von diesen Personen angewiesenen Ort[16]) — oder ohne Anweisung an den hierzu bestimmten Ort gebracht sind[17]).

Ebenso *endigt* das Einbringen bei der Abreise des Gastes erst mit dem Augenblicke, da die Sachen aus dem eben genannten Bannkreise wieder *heraustreten*[18]), auch wenn der Gast sich die Sachen nachsenden läßt[19]). Für *vergessene* Sachen haftet der Wirth nicht

---

zufällig einmal einen Fremden gegen Entgelt beherbergen). Ebensowenig bloße Stallhalter (auch in dieser Beziehung ist das röm. Recht abgemildert).

10) Dies trifft nicht zu für den persönlichen Besuch des Wirthes oder seiner Familienglieder. — Daß ein im Betriebe aufgenommener Gast unentgeltlich beherbergt wird, ist gleichgültig (z. B. Diener, Führer).

11) Z. B. weil er sie erst nachträglich erstanden hat.

12) Z. B. geschützt sind auch die Sachen, die ein Trödler zum Haustren oder die ein Handlungsreisender in seinen Musterkoffern mit sich führt.

13) Z. B. dem Hausknecht, Portier, Hotelkutscher am Bahnhof oder Landeplatz. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 83.

14) Z. B. eine fremde Person erscheint am Bahnhof mit der Bezeichnung des Hotels an der Mütze. Die Richtigkeit kann der Gast nicht untersuchen. — Anders wenn er ohne solche Umstände leichtgläubig seine Sachen einem Fremden anvertraut.

15) Auch wenn die Sachen vom Gast vorausgeschickt waren.

16) Z. B. der Gast soll die Sachen im Bahnhofsflur oder am Landeplatz an einer Stelle niederlegen, wo sie der Hausknecht alle einsammelt.

17) Z. B. er legt sie in den Hotelwagen. — Für Sachen, die dem Gast in *diesem Stadium vom Leibe* gestohlen werden, haftet der Wirth nicht.

18) Z. B. auf der Gepäckkarre des Hausknechts, der sie zum Bahnhof befördert, auch wenn der Gast gar nicht dabei ist, sind sie ebenso geschützt wie bei dem Hereinbringen. Die Haftung endigt mit Rückgabe der Sachen an den Gast oder dessen Vertreter (Gepäckträger 2c.).

19) Hier könnte der Wirth allerdings einen Vorbehalt machen. Mangels eines solchen muß die bisherige Art der Haftung als fortdauernd angesehen werden. S. o. Bd. I § 86 Ziff. 3. — *Anders bei Verträgen, die mit der Gastaufnahme nicht in Zusammenhang stehen*, z. B. der Uebergabe von Effekten an den Portier, um sie zur Post 2c. zu befördern, oder um sie am Bahnhof in's Coupé nachzutragen.

mehr in der hier in Rede stehenden verschärften Weise[20]), sondern nur noch nach allgemeinen Grundsätzen[21]).

c) Dagegen tritt die verschärfte Haftung auch dann ein, wenn der Gast nach der Ankunft nicht im Gasthause verbleibt. Während der Verhandlung über sein Verbleiben war er immerhin „im Betriebe des Gewerbes aufgenommen“[22]). Gleichgültig ist auch, ob der Gast sich vorübergehend aus dem Gasthause entfernt, soweit die Sachen in dem letzteren zurückbleiben.

2. Unter diesen Voraussetzungen haftet der Wirth dem Gaste[23] auf vollen Schadensersatz wegen Verlustes oder Beschädigung der Sachen, gleichgültig ob der Schaden durch den Wirth selbst, seine Leute oder durch dritte Personen herbeigeführt[24]), ob er zufällig oder verschuldet eingetreten ist. Anders nur[25]), wenn entweder

a) der Schaden vom Gaste selbst[26]), einem Begleiter des Gastes oder einer Person, die er bei sich aufgenommen hat[27]), verursacht worden ist[28]);

b) oder wenn der Schaden durch die Beschaffenheit der Sachen[29]) oder durch höhere Gewalt[30]) herbeigeführt ist.

c) Endlich kann die Haftung des Wirthes durch entgegenstehende Vereinbarung ausgeschlossen werden; und zwar nicht blos die hier in Rede stehende erhöhte, sondern selbst die gewöhnliche, bis zum gesetzlich zulässigen Mindestmaße[31]). Eine solche Vereinbarung bedarf

---

20) Denn wann sollte dies endigen? Und wo sollte der Wirth nach und nach mit allen diesen Sachen bleiben?

21) Z. B. wenn er die Sachen an sich nimmt, nach den Vorschriften über unbeauftragte Geschäftsführung.

22) Gerade während dieser Zeit, da die Sachen draußen im Flur und an den Thüren herumstehen, bedarf der Gast am meisten des Schutzes.

23) Nicht auch dem etwaigen dritten Eigenthümer der Sachen.

24) Ob es sich um Diebstahl oder Zerstörung ꝛc. der Sachen handelt!

25) Diese Ausnahmen hat der Wirth zu beweisen. Der Gast braucht nur das Einbringen und seinen Schaden darzuthun.

26) Auch wenn er nicht in gehöriger Weise das Zimmer, die Kommode oder seine Koffer verschließt.

27) Personen, die der Wirth ihm zugesellt, z. B. Schlafkameraden im überfüllten Gasthaus oder ein Führer ꝛc., den der Wirth dem Gaste empfiehlt, entlasten den Wirth nicht.

28) S. o. Bd. I § 108. Nicht nothwendig „verschuldet“ ist. — S. im Uebrigen Bd. I § 111.

29) Z. B. sie sind verderblicher Natur oder schlecht verpackt, sodaß die Sachen sich gegenseitig verderben.

30) S. o. Bd. I § 110 Ziff. 2. Z. B. durch räuberischen Ueberfall. Siehe noch Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 278, Bd. 11 S. 146, Bd. 14 S. 82, Bd. 19 S. 37, Bd. 21 S. 13.

31) Das pactum de dolo non praestando, wenigstens für eigenen Vorsatz. S. §§ 276 Abs. 2, 278 BGB.

keiner direkten Erklärung; sie kann auch aus den Umständen hervorgehen[32]). Dagegen kommt sie durch einen bloßen Anschlag des Wirths, in welchem er die Haftung ablehnt, in keinem Falle zu Stande[33]). § 701 Abs. 3.

3. Die verschärfte Haftung des Wirths wäre unbillig, soweit er sich nicht auf die geeignete Bewachung der Sachen einrichten kann[34]). Demgemäß haftet der Wirth für eingebrachtes Geld, Werthpapiere[35]) und Kostbarkeiten[36]) überhaupt nur bis zum Betrage von 1000 Mark; es sei denn[37])

a) daß der Wirth die Sachen, in Kenntniß ihrer Eigenschaft als Werthsachen, entweder zur Aufbewahrung übernimmt oder die Aufbewahrung ablehnt[38]);

b) oder daß der Wirth persönlich oder seine Leute den Schaden schuldhaft herbeigeführt haben[39]). § 702.

4. Endlich wäre die verschärfte Verantwortlichkeit unbillig, wenn der Wirth nicht sobald als möglich Gelegenheit erhielte, seinerseits den Schuldigen zu ermitteln[40]). Der verschärfte Schadensersatzanspruch des Gastes[41]) erlischt daher[42]), wenn er nicht unverzüglich[43]) nach Entdeckung des Verlustes oder der Beschädigung dem Wirthe davon Anzeige macht[44]). Anders, wenn die Sachen dem Gastwirth selbst zur Aufbewahrung übergeben waren. § 703 BGB.

---

32) S. o. Bd. I § 86.

33) Also auch dann nicht, wenn der Anschlag dem Gaste vor oder bei dem Vertragsabschluß zu Gesicht kam.

34) Er kann nicht jedem Gast ansehen, ob er Tausende mit sich führt und solchenfalls für hohe Werthbeträge haften.

35) Die Gastwirthe, welche Vollkaufleute sind, sind außerdem dem Reichsdepotgesetz v. 5. Juli 1896 unterworfen.

36) S. o. § 189 Note 44.

37) Eine dieser Ausnahmen hat der Gast nachzuweisen.

38) Also der Gast hat auch in diesem Fall durch Angebot der Sachen zur Aufbewahrung ein unbedingtes Sicherungsmittel zum vollen Werthbetrage erlangt. Will der Wirth nicht haften, so muß er den Gast überhaupt abweisen.

39) So vor Allem bei Diebstahl durch den Wirth selbst oder sein Personal. Aber auch bei fahrlässiger Beschädigung ꝛc. — Wird ein Verschulden des Personals nachgewiesen, so haftet der Wirth absolut (er kann sich nicht auf § 831 BGB. berufen).

40) Um sich an ihm schadlos zu halten, seine Bestrafung zu veranlassen und dadurch eventuellen späteren Vorkommnissen vorzubeugen.

41) Der gewöhnliche (auf Grund nachgewiesenen Verschuldens ꝛc.) bleibt unberührt.

42) Der Gastwirth hat die Voraussetzungen des Erlöschens darzuthun.

43) D. i. ohne schuldhaftes Zögern. S. § 121 BGB. u. oben Bd. I § 111 Note 19. Daß kein Verschulden bei der Verzögerung vorlag, hat der Gast replicando nachzuweisen.

44) Empfangsbedürftige Erklärung.

II. Hinsichtlich des gesetzlichen Pfandrechts des Gastwirths an den eingebrachten Sachen[45]) gelten im Allgemeinen die Bestimmungen des gesetzlichen Vermieterpfandrechts[46]). Das Pfandrecht erstreckt sich daher nicht auf sämmtliche eingebrachten Sachen, sondern nur auf diejenigen, welche dem Gaste gehören[47]). Anderseits aber auch auf Werthsachen und Kostbarkeiten, für welche die erhöhte Haftpflicht des Wirthes nicht besteht[48]). Besonderheiten sind

1. das Pfandrecht sichert sämmtliche Forderungen des Wirths für Wohnung und andere dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gemachten Leistungen[49]), mit Einschluß der Auslagen.

2. Das Pfandrecht besteht solange die Sachen eingebracht sind; also eventuell auch außerhalb des Gasthauses[50]). § 704 BGB.

VI. Auslobung. Preisausschreiben*.

§ 279.

Auslobung ist das öffentlich bekannt gemachte Versprechen einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung durch eine einstweilen noch unbestimmte Person. § 657 BGB. Der Auslobende hofft durch die Belohnung einen Anderen zur Vornahme der Handlung zu bewegen.

Die in Aussicht genommene Handlung kann von jeder Art sein; es ist keineswegs blos eine Geschäftsbesorgung[1]). Die Belohnung kann

---

45) Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers ꝛc. (1900) bes. S. 18, 20, 28 ff., 34 ff.

46) S. o. § 244. Dies bezieht sich auch z. B. auf die Art des Erlöschens, die eventuelle Zurückschaffung der heimlich entfernten Sachen und die Abwendung des Pfandrechts durch Sicherheitsleistung. Im Konkurs des Gastes hat der Wirth ein Absonderungsrecht. § 49 Ziff. 2 KO.

47) Entsprechend oben § 244 zu Note 11 ff. Ebenso müssen die Sachen der Pfändung unterworfen sein. S. das. Note 10 u. §§ 559 S. 3, 704 BGB.

48) S. o. I Ziff. 3. Auch in dieser Hinsicht sind also Licht und Schatten möglichst gleichmäßig vertheilt.

49) Soweit sie an sich rechtsbeständig z. B. nicht unerlaubt sind. — Also auch soweit keine Miethforderung vorliegt.

50) S. o. I Note 18 ff. Siber S. 28.

*) Vgl. Schütze in d. Jahrb. f. gem. Recht Bd. 5 S. 33; Regelsberger, Civilr. Erörterungen I (1868) S. 196; Jhering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 4 S. 93, Bd. 7 S. 173, 380; Sohm in d. Ztschr. f. Handelsr. Bd. 17 S. 17; Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873) S. 91; Hofmann, Entstehungsgründe der Oblig. (1874) S. 38; Oertel, Die Lehre v. d. Auslobung (1895); Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte (1897) S. 510 ff.; Elster im Archiv f. bürg. Recht Bd. 18 S. 125 u. A. — Schollmeyer § 11; Dernburg §§ 335 ff.; Endemann I § 176; Cosack § 153; Mathiaß I § 136; Ennecerus I § 293.

1) S. o. § 252. So kann z. B. eine Belohnung für denjenigen ausgesetzt

für das Handeln an sich[2]), aber auch für die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges[3]) ausgesetzt sein. Letzterenfalls ähnelt der Geschäftszweck dem Werkvertrage[4]), nur daß der Dritte hier niemals zum Handeln verpflichtet ist. Er kann blos durch sein Handeln[5]) die Belohnung verdienen. Verpflichtet ist nur der Auslobende aus seinem Versprechen, wenn die Handlung bestimmungsgemäß erfolgt[6]).

Die Auslobung ist also ein einseitiges, durch sich selbst (und ohne Hinzutritt eines Annahmeakts) verbindliches Rechtsgeschäft: ein den Auslobenden verpflichtendes öffentliches Versprechen[7]). An Stelle der Annahme tritt die Oeffentlichkeit der Erklärung (gegenüber dem Publikum). Außerdem hat die Oeffentlichkeit eine vermittelnde Funktion: sie soll zur Kenntniß und dem Versuch der Ausführung der ausgeschriebenen Thätigkeit durch möglichst viele Personen führen, also dem Ausschreibenden Reflektanten zuführen. Sie ersetzt in dieser Hinsicht oft den Mäkler[8]). Aber der Weg der Vermittelung ist hier ein anderer. Der Versprechende bietet einseitig den von ihm festgesetzten wirthschaftlichen Ausgleich für die ausgeschriebene Thätigkeit dar.

Dies ist kein Vertragsangebot! Der Vollzug der ausgelobten Leistung durch den Dritten ist keine Vertragsannahme. Hat der Dritte die ausgeschriebene Handlung, der Bekanntmachung entsprechend, vollzogen, so hat er auf die ausgesetzte Belohnung auch dann Anspruch, wenn er von dem ganzen Ausschreiben nichts wußte oder nicht mit Rücksicht darauf gehandelt hat[9]). § 657 i. f.

---

sein, der einen Athleten im Ringkampf niederwirft oder eine öffentlich ausgesprochene Behauptung als unwahr nachweist. Oder demjenigen, der ein verlorenes Kind wiederfindet, ein Verbrechen entdeckt u. s. w.

2) Z. B. für denjenigen, der mit dem Thierbändiger in den Löwenzwinger geht, oder um sich ärztlich beobachten zu lassen, 40 Tage fastet.

3) Dies ist der häufigste Fall. Z. B. Belohnung für das Wiederbringen verlorener Sachen, Ueberführung eines Schuldigen, Herstellung eines Kunstwerkes u. dgl.

4) S. § 631 Abs. 2 BGB. u. oben § 264.

5) Wobei unter Handeln hier überall auch gegebenenfalls ein Unterlassen zu verstehen ist. Es kommt auf den Inhalt der Auslobung an.

6) Vorausgesetzt natürlich, daß das Geschäft keinen unerlaubten Inhalt hat (s. Bd. I § 85) z. B. auf verbotene oder unsittliche Handlungen geht.

7) Dies war ehemals sehr streitig. Vgl. die Uebersicht bei Crome a. a. O. S. 511; Elster S. 141 ff. Es ist nach dem heutigen Gesetz zweifellos. Es liegt einer der in § 305 i. f. BGB. vorbehaltenen Ausnahmefälle vor. Damit ist die sog. Pollizitationstheorie zum Siege gelangt. S. noch unten bei Note 9.

8) Dies mag auch der Grund sein, weshalb das Gesetz die Auslobung hinter dem Mäklervertrag behandelt.

9) Wenn man desungeachtet einen Vertrag zu konstruiren versucht hat (vgl. darüber Planck vor § 657 Note II), so ist dies als verkünstelt zurückzuweisen. Die ausgelobte Handlung ist lediglich in condicione, nicht in obligatione. Vgl. Crome a. a. O. S. 519 ff., 526 ff.

Unser Gesetz unterscheidet einfache Auslobungen und Ausschreiben, die eine Preisbewerbung zum Gegenstande haben. § 661. Für letztere gelten einige besondere Grundsätze.

I. Die einfache Auslobung, also Aussetzung einer Belohnung, kann für Handlungen und Erfolge jeder Art geschehen. Sie ist bindend, soweit die Handlung nicht unerlaubt[10]), genügend bestimmt[11]), und das Geschäft ernstlich gemeint ist[12]). Die Handlung darf von der Art sein, daß sie dem Auslobenden nachtheilig ist[13]). Aber eine Handlung, nicht ein einfaches Ereigniß wird erfordert[14]).

Die Belohnung wird regelmäßig in einer geldwerthen Leistung bestehen[15]). Im Uebrigen kann sie von jeder Art sein[16]).

1. Die Auslobung steht unter den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäfte[17]). Sie ist einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Auch einer besonderen Form bedarf die Erklärung nicht. Nur verlangt sie öffentliche Bekanntmachung[18]). Die Bekanntmachung ist öffentlich, wenn sie einem unbestimmten Personenkreise zugänglich gemacht wird[19]). Sie braucht keineswegs für Personen jeder Art, sondern kann für bestimmt qualifizirte Personen be-

10) S. o. Note 6. Z. B. Verschaffung einer nicht erkäuflichen Staatsstellung.

11) S. o. § 146.

12) S. o. § 141. Dies ist vom objektiven Standpunkt aus zu beurtheilen. Z. B. alle vagen Anpreisungen, marktschreierischen Reklamen (3000 Mark dem, der die Zerreißbarkeit des Stoffes nachweist! u. dgl.) sind auch in dieser Form unverbindlich. Ebenso Dinge, die auch in Form der Wette (s. u. § 289) keinen rechtlichen Anspruch erzeugen würden. Und Nichtigkeiten aller Art (10 Mark dem, der seine Nachbarin küßt u. s. w.). S. dazu Crome a. a. O. S. 524 ff.

13) Vgl. Schütze a. a. O. S. 46 ff. Z. B. für den Nachweis von Fehlern in den Produktionen des Auslobenden.

14) Z. B. das Versprechen, bei Eintritt einer Krisis 10000 Mark zu spenden, ist keine Auslobung. Oertmann § 657 Note 2.

15) Andere wären meist entweder nicht ernstlich zu nehmen oder nicht erzwingbar. Das Versprechen, den Vollbringer einer Handlung an Kindesstatt anzunehmen, wäre nicht bindend. Auch der Ausdruck „Belohnung" in § 657 deutet auf geldwerthe Vergütung.

16) S. z. B. über partiarische Belohnungen Crome a. a. O. S. 510 ff.

17) S. o. Bd. I §§ 80 ff., 83 ff. Daher wird z. B. eine Mentalreservation, ein nicht erkennbarer Scherz nicht beachtet. Der Auslobende muß die erforderliche Geschäftsfähigkeit besitzen 2c.

18) Daher kann die Auslobung sowohl schriftlich geschehen und durch die Zeitungen, öffentlichen Anschlag bekannt gemacht werden, als auch mündlich durch Mittheilung in einer Volksversammlung, Ausschellen u. dgl.

19) Und zwar ist dies wesentlich vom Standpunkt des Erklärenden aus genommen. Oeffentlich ist daher nicht, was er in einer Privatgesellschaft erklärt, auch wohl nicht in seinem Kegelklub. Wohl aber was er z. B. in den Blättern des deutsch-österreich. Alpenvereins oder des Allg. deutschen Sprachvereins mittheilt. Im Uebrigen gibt die strafrechtliche Litteratur hinreichend Anhaltspunkte über den Begriff der Oeffentlichkeit. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 27 S. 251.

rechnet sein, mag deren Zahl an sich von vornherein feststehen oder nicht[20]).

a) Wesentlich ist Bezeichnung der in Aussicht genommenen Thätigkeit und der Belohnung. § 657 BGB. Für die Vornahme der Handlung kann, aber muß nicht eine Frist gesetzt sein. Ist es geschehen, so fällt mit Nichtvornahme der Handlung innerhalb der Frist die Auslobung zusammen. Die Bedingung der Wirksamkeit des Geschäfts ist ausgefallen[21]).

b) Dagegen erlischt die verbindliche Kraft der Auslobung keineswegs durch den Tod ihres Urhebers, falls nicht ein Anderes darin bestimmt ist. Das Geschäft erzeugt ein gewöhnliches und daher auch vererbliches Schuldverhältniß auf die Belohnung durch Herbeiführung der gesetzten Bedingung[22]).

2. Anderseits ist die Auslobung als einseitiger Akt nicht schlechthin unwiderruflich. Doch ist der Widerruf nur bis zur Vornahme der Handlung statthaft[23]), und nur dann wirksam, wenn er in derselben Weise wie die Auslobung öffentlich bekannt gemacht ist[24]). Durch besondere Mittheilung an eine einzelne Person[25]), bevor diese die Handlung vornahm, wird die Wirkung der Auslobung gegenüber dieser Person aufgehoben. § 658 Abs. 1. Dritte, welche

---

20) Z. B. für die Schüler einer bestimmten Anstalt, die Arbeiter einer bestimmten Fabrik.

21) Es gelten die Regeln oben Bd. I §§ 98—100. Besonders wichtig ist § 162 BGB. für den Fall, daß der Auslobende die Handlung des Dritten vereitelt. S. dazu Crome a. a. O. S. 519. — Ob die Bedingung auch erfüllt sei, wenn die Handlung des Dritten schon vor der Auslobung vollzogen war, ist Auslegungsfrage (ist der „Erfolg" doch auch noch meist nach der Auslobung vorhanden). Es fragt sich, ob es dem Auslobenden auf den Erfolg schlechthin oder auf die Bestimmung Jemandes zur ausgeschriebenen Handlung ankam.

22) Daher ist auch eine nach Vollzug der Auslobung eintretende Geschäftsunfähigkeit des Auslobenden gleichgültig. — Der Handelnde seinerseits braucht schon nach dem Prinzip der Note 9 nicht voll geschäftsfähig zu sein, wenn seine Handlung nur den gesetzten Anforderungen entspricht.

23) Danach ist die Bedingung eingetreten, mag auch der Auslobende davon keine Kenntniß gehabt haben. Doch muß die Handlung vollendet sein. Ist sie es aber, so kann der entstandene Anspruch des Dritten durch einseitigen Widerruf des Auslobenden nicht mehr rückgängig gemacht werden. — Der Dritte muß diesenfalls, wenn er die Belohnung fordert, beweisen, daß die Handlung vor öffentlich bekannt gemachtem Widerruf (s. u.) vollendet war.

24) S. o. Note 18. Es ist dieselbe Art der Bekanntmachung zu wählen. Doch ist dies cum grano salis zu verstehen. Wie die Wirksamkeit des Widerrufs nicht davon abhängig ist, daß der Ausschellende genau denselben Weg macht, so wird nach Eingehen des ersten Blattes ein entsprechendes anderes zu wählen sein. Man braucht auch die Volksversammlung nicht wieder zu berufen, in der die erste Erklärung gemacht wurde, sondern kann Plakate oder Insertionen wählen.

25) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. Bd. I § 88.

schon Vorbereitungen zum Vollzug der ausgeschriebenen Handlung gemacht hatten, haben solchenfalls keine Ansprüche[26]).

Uebrigens kann in der Auslobung auf den Widerruf bindend verzichtet werden[27]). War für die vorzunehmende Handlung eine Frist bestimmt, so ist sogar der Widerruf während der Frist im Zweifel ausgeschlossen. Die Fristbestimmung ist mangels entgegenstehender Erklärung als ein Verzicht auf Widerruf zu verstehen. § 658 Abs. 2.

3. Die bloße Vornahme der Handlung[28]) erzeugt den Anspruch auf Belohnung[29]). Der Anspruch ist nicht von einer Erklärung oder Mittheilung an den Auslobenden oder von dessen Billigung der Handlung abhängig[30]).

a) Ist die Handlung mehrmals vorgenommen, so gebührt die Belohnung dem, welcher sie zuerst vornahm resp. vollendete[31]). Besteht Gleichzeitigkeit, so ist die Belohnung gleichmäßig zu vertheilen[32]). Ist die Belohnung nicht theilbar[33]), so entscheidet das Loos[34]). § 659.

b) Haben Mehrere zu einem einheitlichen Erfolge[35]) mitgewirkt[36]), so ist die Belohnung unter sie nach dem Antheil eines Jeden am Erfolge billig[37]) zu vertheilen[38]). Wird die Entscheidung

---

26) Z. B. wenn sie die Thätigkeit bereits begonnen, aber noch nicht vollendet hatten (s. o. Note 23). Sie haben keinen Anspruch auf negatives Geschäftsinteresse.

27) Auf Anfechtung wegen Irrthums ꝛc. ist dies natürlich nicht zu beziehen.

28) S. auch oben Noten 9, 22 i. f. u. 23 (über die praktischen Folgen).

29) Nach den Grundsätzen der Bedingung. S. o. Bd. I § 100 Ziff. II.

30) Anders bei Preisbewerbungen. S. u. Ziff. II.

31) Der Auslobende macht aus der mehrmaligen Vornahme eine Einwendung gegen den Anspruch auf Belohnung. Der Kläger muß dann gegenüber dem Beklagten resp. den anderen Prätendenten (s. § 75 CPO.) seine Priorität beweisen.

32) Nach Köpfen. Einen anderen Maßstab gibt es hier nicht.

33) Objektiv oder subjektiv (nach Inhalt der Auslobung).

34) Dies ist regelmäßig privatim, aber nach Treu und Glauben wohl vor dem Auslobenden selbst, falls dieser nicht darauf verzichtet, zu ziehen.

35) Der also im Ganzen nur einmal herbeigeführt worden ist.

36) Z. B. zu der Entdeckung eines Verbrechens (s. dazu das Citat Note 37).

37) Denn mathematisch wird man den Antheil kaum abmessen können. — Auch hier ist die Vertheilung zunächst Sache des Auslobenden. Sie unterliegt aber wegen „offenbarer Unbilligkeit" der gerichtlichen Korrektur nach Maßgabe der Regeln, welche für die Bestimmung einer Vertragsleistung durch billiges Ermessen eines Dritten gelten. S. § 319 Abs. 1 BGB. u. oben § 146 Ziff. 2. S. dazu Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 281.

38) Nach Inhalt der Auslobung kann die Entscheidung auch einer anderen bestimmten Person überlassen sein, sogar unter Ausschluß der Nachprüfung. Auch kann sich der Auslobende zur Entscheidung einen Substituten bestellen. Die Zulässigkeit einer Vertretung ist nicht ausgeschlossen.

als unbillig angegriffen oder kann sie nicht stattfinden[39]), so erwächst daraus dem Schuldner zunächst ein Einwand wider die Erfüllung. Die betheiligten Gläubiger können aber Hinterlegung der Belohnung für Alle verlangen[40]) und den Streit unter sich ausfechten. Ist die Belohnung untheilbar, so entscheidet auch hier das Loos[41]). § 660.

II. Hat die Auslobung eine Preisbewerbung zum Gegenstande, d. h. ist die ausgesetzte Belohnung ein Preis für bestimmte künstlerische, wissenschaftliche oder technische Leistungen, hinsichtlich deren ein Wettbewerb stattfindet, so muß

1. zur Gültigkeit des Ausschreibens in demselben eine Frist für die Bewerbung bestimmt sein. § 661 Abs. 1. Damit wird zugleich das Ausschreiben bis zum Ablauf der Frist unwiderruflich[42]). § 658 Abs. 2. Doch kann die Fristbestimmung vorbehalten und später nachgeholt werden.

2. Selbstverständlich werden nur diejenigen Arbeiten berücksichtigt, die innerhalb der Frist eingehen[43]). Die bloße Anfertigung genügt hier nicht[44]). Der Konkurrent muß sich in der Frist bewerben. § 661 Abs. 2. Er kann seine Bewerbung auch wieder zurückziehen[45]).

3. Der Bewerber muß sich einem Preisgericht unterwerfen. Und zwar auch dann, wenn er keine Konkurrenten hat. In diesem Fall ergeht die Entscheidung darüber, ob seine Leistung überhaupt den Anforderungen entspricht[46]), — bei mehreren Bewerbungen auch darüber, welche von diesen den Vorzug verdient. Davon hängt ab, ob der Preis überhaupt gewonnen ist und wer ihn gewonnen hat.

a) Die Entscheidung steht der in der Auslobung bezeichneten

---

39) Z. B. der Auslobende hinterläßt mehrere Erben und diese können sich über die Vertheilung nicht einigen. Arg. § 319 Abs. 1 BGB. u. oben § 146 Ziff. 2. A. M. Enneccerus § 293 Ziff. II i. f.

40) Im Sinne des § 432 BGB. Ist die Belohnung zur öffentlichen Hinterlegung ungeeignet, so wird sie wohl meistens auch nicht theilbar sein, sodaß das Loos entscheidet (§ 660 Abs. 3). Eventuell wird eine Verwahrung anzuordnen sein.

41) Darüber s. o. Noten 33—34.

42) Andernfalls würden sich wohl keine Wettbewerber finden. Denn da sie sich schon einem Preisgericht unterwerfen müssen (s. u. Ziff. 3), wäre sonst die Belohnung für die Arbeit doch gar zu unsicher.

43) Weil die Bedingung im Ausschreiben so gestellt ist.

44) Wie oben bei Note 28.

45) Sie ist nicht bindend, da sie nur als Bedingung des Anspruchs auf Belohnung in Betracht kommt. — Nach Zuerkennung des Preises kann auf den dadurch entstandenen Anspruch verzichtet werden.

46) Den nach Inhalt des Ausschreibens zu stellenden wissenschaftlichen, künstlerischen oder technischen Anforderungen, und im Uebrigen den Bedingungen des speziellen Falles (z. B. hinsichtlich der Größe, Eintheilung des Werks ꝛc.).

II. Hinsichtlich des gesetzlichen Pfandrechts des Gastwirths an den eingebrachten Sachen[45]) gelten im Allgemeinen die Bestimmungen des gesetzlichen Vermieterpfandrechts[46]). Das Pfandrecht erstreckt sich daher nicht auf sämmtliche eingebrachten Sachen, sondern nur auf diejenigen, welche dem Gaste gehören[47]). Anderseits aber auch auf Werthsachen und Kostbarkeiten, für welche die erhöhte Haftpflicht des Wirthes nicht besteht[48]). Besonderheiten sind

1. das Pfandrecht sichert sämmtliche Forderungen des Wirths für Wohnung und andere dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gemachten Leistungen[49]), mit Einschluß der Auslagen.

2. Das Pfandrecht besteht solange die Sachen eingebracht sind; also eventuell auch außerhalb des Gasthauses[50]). § 704 BGB.

VI. Auslobung. Preisausschreiben*.

§ 279.

Auslobung ist das öffentlich bekannt gemachte Versprechen einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung durch eine einstweilen noch unbestimmte Person. § 657 BGB. Der Auslobende hofft durch die Belohnung einen Anderen zur Vornahme der Handlung zu bewegen.

Die in Aussicht genommene Handlung kann von jeder Art sein; es ist keineswegs blos eine Geschäftsbesorgung[1]). Die Belohnung kann

---

45) Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers ꝛc. (1900) bes. S. 18, 20, 28 ff., 34 ff.

46) S. o. § 244. Dies bezieht sich auch z. B. auf die Art des Erlöschens, die eventuelle Zurückschaffung der heimlich entfernten Sachen und die Abwendung des Pfandrechts durch Sicherheitsleistung. Im Konkurs des Gastes hat der Wirth ein Absonderungsrecht. § 49 Ziff. 2 KO.

47) Entsprechend oben § 244 zu Note 11 ff. Ebenso müssen die Sachen der Pfändung unterworfen sein. S. das. Note 10 u. §§ 559 S. 3, 704 BGB.

48) S. o. I Ziff. 3. Auch in dieser Hinsicht sind also Licht und Schatten möglichst gleichmäßig vertheilt.

49) Soweit sie an sich rechtsbeständig z. B. nicht unerlaubt sind. — Also auch soweit keine Miethforderung vorliegt.

50) S. o. I Note 18 ff. Siber S. 28.

*) Vgl. Schütze in d. Jahrb. f. gem. Recht Bd. 5 S. 33; Regelsberger, Civilr. Erörterungen I (1868) S. 196; Ihering, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 4 S. 93, Bd. 7 S. 173, 380; Sohm in d. Ztschr. f. Handelsr. Bd. 17 S. 17; Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873) S. 91; Hofmann, Entstehungsgründe der Oblig. (1874) S. 38; Oertel, Die Lehre v. d. Auslobung (1895); Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte (1897) S. 510 ff.; Elster im Archiv f. bürg. Recht Bd. 18 S. 125 u. A. — Schollmeyer § 11; Dernburg §§ 335 ff.; Endemann I § 176; Cosack § 153; Mathiaß I § 136; Enneccerus I § 293.

1) S. o. § 252. So kann z. B. eine Belohnung für denjenigen ausgesetzt

für das Handeln an sich[2]), aber auch für die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges[3]) ausgesetzt sein. Letzterenfalls ähnelt der Geschäftszweck dem Werkvertrage[4]), nur daß der Dritte hier niemals zum Handeln verpflichtet ist. Er kann blos durch sein Handeln[5]) die Belohnung verdienen. Verpflichtet ist nur der Auslobende aus seinem Versprechen, wenn die Handlung bestimmungsgemäß erfolgt[6]).

Die Auslobung ist also ein einseitiges, durch sich selbst (und ohne Hinzutritt eines Annahmeakts) verbindliches Rechtsgeschäft: ein den Auslobenden verpflichtendes öffentliches Versprechen[7]). An Stelle der Annahme tritt die Oeffentlichkeit der Erklärung (gegenüber dem Publikum). Außerdem hat die Oeffentlichkeit eine vermittelnde Funktion: sie soll zur Kenntniß und dem Versuch der Ausführung der ausgeschriebenen Thätigkeit durch möglichst viele Personen führen, also dem Ausschreibenden Reflektanten zuführen. Sie ersetzt in dieser Hinsicht oft den Mäkler[8]). Aber der Weg der Vermittelung ist hier ein anderer. Der Versprechende bietet einseitig den von ihm festgesetzten wirthschaftlichen Ausgleich für die ausgeschriebene Thätigkeit dar.

Dies ist kein Vertragsangebot! Der Vollzug der ausgelobten Leistung durch den Dritten ist keine Vertragsannahme. Hat der Dritte die ausgeschriebene Handlung, der Bekanntmachung entsprechend, vollzogen, so hat er auf die ausgesetzte Belohnung auch dann Anspruch, wenn er von dem ganzen Ausschreiben nichts wußte oder nicht mit Rücksicht darauf gehandelt hat[9]). § 657 i. f.

---

sein, der einen Athleten im Ringkampf niederwirft oder eine öffentlich ausgesprochene Behauptung als unwahr nachweist. Oder demjenigen, der ein verlorenes Kind wiederfindet, ein Verbrechen entdeckt u. s. w.

2) Z. B. für denjenigen, der mit dem Thierbändiger in den Löwenzwinger geht, oder um sich ärztlich beobachten zu lassen, 40 Tage fastet.

3) Dies ist der häufigste Fall. Z. B. Belohnung für das Wiederbringen verlorener Sachen, Ueberführung eines Schuldigen, Herstellung eines Kunstwerkes u. dgl.

4) S. § 631 Abs. 2 BGB. u. oben § 264.

5) Wobei unter Handeln hier überall auch gegebenenfalls ein Unterlassen zu verstehen ist. Es kommt auf den Inhalt der Auslobung an.

6) Vorausgesetzt natürlich, daß das Geschäft keinen unerlaubten Inhalt hat (s. Bd. I § 85) z. B. auf verbotene oder unsittliche Handlungen geht.

7) Dies war ehemals sehr streitig. Vgl. die Uebersicht bei Crome a. a. O. S. 511; Elster S. 141 ff. Es ist nach dem heutigen Gesetz zweifellos. Es liegt einer der in § 305 i. f. BGB. vorbehaltenen Ausnahmefälle vor. Damit ist die sog. Pollizitationstheorie zum Siege gelangt. S. noch unten bei Note 9.

8) Dies mag auch der Grund sein, weshalb das Gesetz die Auslobung hinter dem Mäklervertrag behandelt.

9) Wenn man desungeachtet einen Vertrag zu konstruiren versucht hat (vgl. darüber Planck vor § 657 Note II), so ist dies als verkünstelt zurückzuweisen. Die ausgelobte Handlung ist lediglich in condicione, nicht in obligatione. Vgl. Crome a. a. O. S. 519 ff., 526 ff.

§ 705 BGB. Die Leistungen können von aller Art sein[3]), in Kapitals- oder Arbeitsleistungen bestehen[4]). — Durch das Zusammenwirken treten die Gesellschafter dann auch *nach Außen hin vielfach als geschlossene Personenzahl auf*: sie bringen ein Vermögen zusammen, das ihnen Allen gemeinschaftlich ist, oder sie haben Schulden, die sie insgesammt belasten. Soweit dazu der Abschluß von Rechtsgeschäften erforderlich ist, geschieht dies entweder so, daß die Gesellschafter *Alle zusammen handeln*, oder so, daß Einer oder Einige die Anderen *vertreten*[5]). Denn ein eigenes Rechtssubjekt ist die Personengemeinschaft nicht[6]).

2. Korrekt wäre daher eigentlich überhaupt nicht von einer *Gesellschaft als solcher*, von „Gesellschaftsrechten und Gesellschaftspflichten", sondern nur *von Rechten und Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag* und solchen *der Gesellschafter gegenüber Dritten* zu reden, wenn unser Recht nicht dem *vertragsmäßigen Verbande* der Genossen trotz des Mangels der juristischen Persönlichkeit bis zu gewissem Grade auch nach Außen hin rechtliche Anerkennung schenkte — jedenfalls weit mehr als dies im älteren Recht der Fall war[7]). Ermöglicht wird dies einmal durch die moderne Aus-

3) S. o. § 144 ff.

4) Z. B. in Verfügungen, Ueberlassung von Gebrauch und Nutzung von Gütern, Arbeitsleistungen ꝛc. Nur sind diese Leistungen hier blos *Inzidentpunkte der allgemeinen Gesellschaftspflicht*, nicht (wie oben I.—IV. Kapitel) die Gesammtleistung des einen oder anderen Vertragstheils (daher oft wechselnd und im Einzelnen modifizirt).

5) Nach den Grundsätzen der Stellvertretung. S. o. Bd. I §§ 103 ff.

6) Sie ist keine juristische Person (Bd. I §§ 48 ff.). — Manchmal ist zweifelhaft, ob eine Gesellschaft oder ein nicht rechtsfähiger Verein (eod. § 55) vorliegt. S. Gierke's zuletzt cit. Schrift, Knoke S. 19, Joerges S. 204.

7) Im röm. Recht (vgl. tit. Dig. 17, 2, Cod. 4, 37 pro socio), dem das ehemalige gemeine Recht nachfolgte, erzeugte der Gesellschaftsvertrag nichts weiter als bestimmte Verpflichtungen der socii untereinander: gerichtet auf die *gegenseitigen Leistungen*, durch welche die Gesellschaft begründet und fortgesetzt wurde. Es bestanden also hier nur *zahlreiche sich kreuzende Schuldverhältnisse*, ein objektiver Bestand der Gesellschaft — ein Verband der Genossen — wurde nicht anerkannt. War ein *Vermögen* zusammengebracht, so erschien dies folgerecht nur als ein (den Genossen nach Bruchtheilen, partes pro indiviso s. o. Bd. I § 29 Note 24, § 59 Note 25 ff. zustehendes) *Aggregat von Theilrechten der einzelnen Gesellschafter*; und jeder socius war wiederum *nur obligatorisch verpflichtet*, sich einer solchen Verfügung über sein Theilrecht (das mit den Theilrechten der anderen Genossen zusammengelegt war) zu enthalten, *die es aus dieser Verbindung losriß*: also Theilung zu verlangen. *Wohl* aber konnte jeder socius sein Theilrecht als solches (also seine Quote) *veräußern*: und ebenso konnte der Antheil von seinen persönlichen Gläubigern *gepfändet* werden. In diesen Fällen war der *Dritte* (der Erwerber oder Pfandgläubiger des Theilrechts) nicht wie sein Autor obligatorisch den anderen Gesellschaftern verpflichtet, zu unterlassen was dem Gesellschaftszweck zuwider war; er konnte das Theilrecht ausüben wie es ihm beliebte. Durch die zu starke Betonung der

bildung der Stellvertretung[8]), die es dem Einen gestattet, für Alle, also für die „Gesellschaft" zu handeln; anderseits durch die besondere Gestaltung des Gemeinschaftsverhältnisses, die wir neben der römischen überkommen haben[9]) und die es gestattet, das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter so zu verbinden und folglich auch auf Grund des Gesellschaftsvertrags so in den Gesellschaftszweck zu binden, daß es vom übrigen Vermögen der Gesellschafter abgesondert erscheint. So entsteht das „Gesellschaftsvermögen", an welchem die Gesellschafter zwar Antheile haben[10]), aber ohne daß man, solange die Gesellschaft besteht, sagen kann, daß einem einzelnen Theilhaber irgend ein bestimmter Bruchtheil des Vermögens oder der einzelnen Gegenstände und Rechte, aus denen es sich zusammensetzt, gehöre[11]). Die gegenseitigen Theilrechte sind so ineinander verschlungen, daß sie sich vor gänzlicher Auflösung der Gesellschaft[12]) nicht davon lösen, verselbständigen und für sich ausüben lassen. Folglich kann auch kein Gesellschafter während der Dauer der Gesellschaft über seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen oder irgend einem einzelnen dazu gehörigen Recht verfügen, z. B. ihn veräußern[13]). Viel-

individualistischen Berechtigung des Einzelnen wurde die röm. Gesellschaft unselbständig. Das Erreichen der Gesellschaftszwecke hing wesentlich von der Vertragstreue, der wirthschaftlichen Unabhängigkeit und Einsicht der Betheiligten ab.

8) S. o. Note 5 u. Cit.

9) S. Bd. I § 29 i. f. über das Verhältniß der Gemeinschaft zur gesammten Hand.

10) Denn das Vermögen steht nicht einem von ihnen verschiedenen besonderen Wesen zu.

11) In dieser Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses war schon das preußische Recht vorangegangen. Ihm folgte in noch stärkerer Betonung des kollektivistischen Moments das ehemalige deutsche Handelsgesetzbuch (Art. 111 ff.), indem es die Gesellschaft befähigte, unter ihrer Firma Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen (sodaß letztere nicht den einzelnen Gesellschaftern, sondern dem Gesellschaftsvermögen als solchen zustanden und oblagen). Auch konnte hiernach über das Gesellschaftsvermögen allein Konkurs eröffnet werden. — Unser Gesetz ist für die bürgerlichen Gesellschaften diesen Vorgängen gefolgt (zahlreiche Artikel des alten Handelsgesetzbuches sind daher in der Neuredaktion weggefallen), geht aber in der Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens mit Recht nicht so weit, als bei den Handelsgesellschaften: ein Rechtserwerb unter der Firma existirt hier sowenig als ein selbständiger Gesellschaftskonkurs. Diese Dinge bleiben Vorrechte der Handelsgesellschaften. S. §§ 124, 131 Ziff. 3 HGB. Desgl. weisen §§ 723—728 BGB. deutlich auf den Gegensatz hin. Zustimmend Hellwig a. a. O. S. 200, Gierke a. a. O. S. 36 ff., Knoke S. 22. Weitere Litteratur bei Jäger, KO. § 1 Note 60, § 25 Note 8. S. auch unten § 282 Note 41. A. M. Cosack § 276 Bd. I Ziff. 3a.

12) Dazu bedarf es daher auch hier einer besonderen Liquidation (s. u. § 284).

13) Der „Antheil" im Gesammthändervermögen stellt überhaupt gar keine bestimmte Werthziffer dar. — Daher ist auch eine Aufrechnung im Sinne des § 719 Abs. 2 BGB. unmöglich.

mehr können über die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Werthe während Bestehens der Gesellschaft nur alle Gesellschafter zusammen verfügen. Ebensowenig kann Einer sich willkürlich aus dem Verband loslösen, solange die „Gesellschaft" besteht: er ist nicht einseitig berechtigt, Theilung zu verlangen[14]). § 719 BGB[15]). — Aehnliches gilt für die Schulden, die im Verlaufe der Gesellschaft für die sämmtlichen Mitglieder entstanden sind. Diese Schulden haben vor anderen Schulden der einzelnen Gesellschafter[16]) mancherlei Vorzüge. Denn Privatgläubiger eines Gesellschafters können grundsätzlich an dem Gesellschaftsvermögen nicht mehr Rechte haben, als der betreffende Gesellschafter selbst. Das Gesellschaftsvermögen haftet den Privatgläubigern eines Gesellschafters also nicht unmittelbar. Die Privatgläubiger können zwar den „Antheil ihres Schuldners am Gesellschaftsvermögen" pfänden, aber niemals die einzelnen dazu gehörigen Gegenstände[17]), weil letztere nicht dem Gesellschaftszweck entzogen werden dürfen. Pfändet also ein Privatgläubiger den gesammten Gesellschaftsantheil seines Schuldners, so hat er damit ein Exekutionsobjekt von ganz unsicherem Bestande. Er muß abwarten, was bei Auflösung der Gesellschaft auf seinen Schuldner entfällt[18]). Doch darf er auf Grund der Pfändung die Gesellschaft kündigen, sie also schneller zur Auflösung bringen[19]). § 725 BGB. Nach der Theilung darf er sich dann aus dem befriedigen, was in der Auseinandersetzung seinem Schuldner zukommt. Dies ist aber immer nur derjenige Theil der Gesellschaftsaktiven, der nach Abzug der Passiven übrig bleibt[20]). Es haben also die Gesellschaftsgläubiger[21])

14) Theilung erfolgt nach Note 12 u. Cit. nur in Form der Liquidation der Gesellschaft im Ganzen, auf Grund der gesetzlich anerkannten Auflösungsgründe (§ 283).

15) Keine Besonderheit des Gesellschaftsrechts, wie Cosack § 276 I Ziff. 3b annimmt, sondern des an den Gemeinschaftssachen bestehenden Miteigenthums der Gesellschafter ist es, daß der einzelne Gesellschafter für seine Person dingliche Rechte an den Gesellschaftssachen haben kann. S. § 1009 BGB. Was für das Miteigenthum nach Bruchtheilen möglich ist, muß um so mehr beim Miteigenthum zur gesammten Hand möglich sein.

16) Von den sog. Privatschulden. Doch ist die nähere Bestimmung der Gesellschafts- und Privatschulden nicht unzweifelhaft. S. darüber unten § 282 Ziff. II. Hier genügt nur eine Andeutung.

17) Oder einen „Antheil" ihres Schuldners an den letzteren. S. o. zu Note 11.

18) Denn erst hier wird dessen „Antheil am Gesellschaftsvermögen" in ein selbständiges Werthobjekt umgesetzt.

19) Dies mußte allerdings gestattet werden (so gut wie der Konkurs eines Gesellschafters nach § 728 einen Auflösungsgrund bildet), damit das in der Gesellschaft steckende Vermögen eines Schuldners überhaupt von seinen Gläubigern angegriffen werden kann.

20) Das zur Vertheilung kommende Vermögen ist immer nur deducto aere alieno zu verstehen.

von selbst ein Vorzugsrecht vor den Gläubigern eines einzelnen Gesellschafters[22]). Sie können sich aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigen[23]).

3. Trotz der rechtlichen Absonderung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter[24]), haben wir es aber sowohl im inneren Verhältniß der Gesellschafter als nach Außen hin (im Verhältniß zu Dritten) vorzüglich mit Rechten und Pflichten der einzelnen Gesellschafter zu thun[25]). Eine Modifikation der allgemeinen Haftungsgrundsätze erklärt sich hinlänglich daraus, daß den Parteien gestattet ist, durch den Vertrag ein Sondervermögen zu schaffen, welches bis zu gewissem Grade einem von ihrem übrigen Vermögen abweichenden Schicksal unterliegt[26]).

4. Das hier geschilderte Verhältniß weist auf eine prinzipielle Gleichstellung der Betheiligten in sozialer und wirthschaftlicher Beziehung hin. Daran ist die Gesellschaft namentlich dann zu erkennen, wenn nur einzelne Gesellschafter arbeiten, andere das Kapital einschießen oder den Geschäftszweck in sonstiger immaterieller Weise fördern[27]). Das ist möglich und zulässig. Eine Gesellschaft liegt aber nur vor, wenn Jeder den Anderen als Genossen des eigenen Wirkens ansieht[28]), d. h. wenn die von Jedem verfolgten

---

21) Ueberhaupt diejenigen, denen alle Gesellschafter haften. S. u. § 282 Ziff. II.

22) Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen, also in die einzelnen dazu gehörigen Aktiven bedarf es eines gegen alle Gesellschafter ergangenen vollstreckbaren Schuldtitels. S. § 736 CPO. u. unten § 282 Ziff. II.

23) Dieses Absonderungsrecht zeigt sich auch im Konkurse über das Vermögen eines Gesellschafters. Das Gesellschaftsvermögen wird in diesen Konkurs nicht hineingezogen. § 51 KO.

24) Andere Theorien über das Wesen des Gesellschaftsvermögens hatten schon für das ehemalige Handelsrecht Laband in d. Ztschr. f. Handelsr. Bd. 31 S. 51 und Adler, Entwickelungslehre u. Dogmatik des Gesellschaftsrechts (1894) aufgestellt, die schon seinerzeit überwiegend bekämpft wurden und jetzt erst recht nicht mehr haltbar sind. S. auch Knoke S. 92 ff.

25) Daher kann die Gesellschaft als solche weder klagen noch verklagt werden. § 50 Abs. 2 CPO. ist unanwendbar. S. auch Hellwig a. a. O. S. 198 ff., und wegen der Unzulässigkeit eines bloßen Gesellschaftskonkurses schon oben Note 11.

26) Aehnlich wie Jemand unter Umständen eine beschränkte Haftung überhaupt bedingen kann (s. o. Bd. I § 36 Note 12). Im vorliegenden Falle wird durch den Gesellschaftsvertrag nur die Art der Haftung modifizirt. S. darüber schon oben § 139 zu Note 23—24.

27) Z. B. indem sie der Spekulation die Wege weisen oder das Unternehmen mit ihrem persönlichen Ansehen unterstützen.

28) Wenn bei den Parteien der animus contrahendae societatis vorhanden ist, d. i. die Absicht, als Genossen zusammenzuwirken. Vgl. l. 44 Dig. pro socio 17, 2. Worin diese sich zeigt, erklärt l. 63 pr. eod. so, daß die societas ius quodammodo fraternitatis in se habet (also in einer Art wirthschaftlichen und gesellschaftlichen Gleichstellung der Kontrahenten). Diese feinsinnigen Be-

Zwecke nicht blos äußerlich eine Strecke parallel gehen, sondern innerlich identisch sind: sich zu einem Allen gemeinschaftlichen „Gesellschaftszwecke" vereinigen. Daher sind keine Gesellschaften die partiarischen Lohn- und Gewinngeschäfte[29]): z. B. des sog. commis intéressé, wenn der Kaufmann oder Fabrikherr seinen Arbeitern einen Antheil am Gewinn (Tantième) zusagt, — des Darlehens gegen Dividende, — der Theilpacht u. s. w.[30]).

Allerdings entscheidet hier nicht der Name, insbesondere nicht die äußere Einkleidung, welche die Parteien ihrem Vertrage geben[31]), sondern das Wesen der Vereinbarung. Auch sind die Grenzen flüssig. Die Auslegung hat festzustellen, ob Lohn für Dienstleistungen resp. Zins für einen Kapitalzuschuß zu einem Produktionszweige bezweckt war, der dem anderen Vertragstheile allein zugehört[32]), oder ob die Parteien sich einander als gleichberechtigte Förderer eines gemeinschaftlichen Zweckes angenommen und demgemäß auch gegenseitig zum Hinwirken auf diesen Zweck verpflichtet haben. Nur im letzteren Fall liegt eine Gesellschaft vor[33]).

5. Der Gesellschaftsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form[34]), es sei denn, daß aus dem Inhalt sich die Nothwendigkeit der Form ergibt. So wenn die Gesellschaft das gesammte gegenwärtige Vermögen der Gesellschafter oder eines Gesellschafters begreifen soll. § 311 BGB. Derartige Gesellschaften des ganzen

---

obachtungen haben Anspruch auf dauernde Gültigkeit. Vgl. schon Crome a. a. O. S. 10 ff.

29) S. o. Bd. I § 76 Ziff. II. Hier besteht ein Umsatzzweck, kein Gesellschaftszweck.

30) S. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 37, 163, 374 ff. u. oben bei den betreffenden Verträgen.

31) Häufig hat hier die Auslegung geradezu mit direkter Simulation der Kontrahenten zu kämpfen. Hauptbeispiele bei Crome a. a. O. S. 378 ff. Eine gesellschaftliche Einlage wird als Darlehen bezeichnet, um die persönliche Haftung des Kapitalisten für die Gesellschaftsschulden über den Betrag des Hingegebenen hinaus auszuschließen u. dgl. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 165, Bd. 31 S. 33, Bd. 33 S. 125.

32) Der andere Theil arbeitet dann für ihn gegen Lohn, oder leiht ihm zur Produktion ein Kapital, steht ihm aber im Uebrigen fern: er hat vor Allem keinen Einfluß auf die Gestaltung des Betriebes.

33) Derselbe thatsächliche Betrieb kann also, je nach dem Geschäftszweck, bald Gesellschaft bald ein anderes Geschäft sein. Dies ist nichts Wunderbares. Unterscheiden sich doch z. B. Leihe und Verwahrung, Darlehen und irregulläre Verwahrung (s. o. § 277 Ziff. I) auch nicht anders.

34) Entsprechend dem römisch-gemeinen, abweichend vom Preuß. A.L.R. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 168. — Auch die Anmeldung der Gesellschaft zu einem öffentlichen Register findet nach bürgerlichem Recht nicht statt. Anders z. B. § 106 HGB.

Fünftes Kapitel.

Gesellschaft und Gemeinschaft.

I. Gesellschaft*.

§ 280.

A. Der Gesellschaftsvertrag. Begriff und Arten der Gesellschaft.

Nicht durch die Thätigkeit des einzelnen Menschen sind häufig im Leben die Erfolge zu erzielen, auf welche die im vorigen Kapitel zusammengefaßten Geschäfte gerichtet waren. Oft bedarf es zur Erreichung des planmäßigen Zusammenwirkens mehrerer Personen: sei es daß sie sich sämmtlich an der Arbeit betheiligen, oder daß Einige arbeiten, Andere dagegen die allgemeinen Arbeitsbedingungen beschaffen, insbesondere das zu der Unternehmung nöthige Kapital hergeben. Hieraus ergibt sich das Bedürfniß einer Rechtsform für die Verbindung Mehrerer zu solchen Zwecken: zur Erreichung eines Erfolges, der ihnen allen gemeinschaftlich ist (d. h. als gemeinschaftliches Ziel vorschwebt und mittelst der Vereinigung verwirklicht werden soll). Dieser Zweck braucht nicht blos ein wirthschaftlicher zu sein; oft ist es ein solcher von idealer Tendenz, ja sogar der bloßen Annehmlichkeit und des Vergnügens[1]).

1. Die Gesellschaft beruht auf einem Vertrage unter den Gesellschaftern. In dem Vertrag verpflichten sich die Parteien untereinander (also wechselseitig), die Erreichung eines festgesetzten gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern — also dazu vertragsmäßige Leistungen zu machen[2]).

---

*) Vgl. Gierke, Deutsches Genossenschaftsrecht. 3 Bde. Ferner die Genossenschaftstheorie (1887) und Vereine ohne Rechtsfähigkeit (in d. Berl. Festgaben f. Dernburg, 2. Aufl. 1902); Crome, Partiar. Rechtsgeschäfte (1897) S. 8; Hellwig, Anspruch u. Klagerecht (1900) S. 198 ff., 276 ff.; Joerges, Z. L. v. Miteigenthum u. d. gesammten Hand in d. Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 49 S. 140; Knoke, Das Recht der Gesellschaft (1901). — Schollmeyer § 9; Dernburg §§ 355 ff.; Endemann I §§ 180 ff.; Cosack §§ 275 ff.; Mathiaß I § 128; Ennecceruß I §§ 307 ff.

1) Entsprechend dem oben § 141 Gesagten. — Hierher gehören wissenschaftliche, künstlerische, politische, religiöse und gesellige Vereine. Erfordert doch auch das Vergnügen, insbesondere wenn es planmäßig für Mehrere arrangirt werden soll, Arbeit und häufig Kapital!

2) Der Gesellschaftsvertrag gehört somit unter die Kategorie der gegenseitigen Verträge. S. o. §§ 167 ff. So auch Knoke S. 41. Daß es sich um gegenseitige Verpflichtungen aus dem Vertrag handele, spricht § 705 BGB. direkt aus. Näheres unten § 281 Ziff. I.

reiche Genossenschaften des Spezialrechts[42]). Nicht immer ist dies Spezialrecht schon reichsrechtlich kodifizirt. Darauf beziehen sich die Vorbehalte in Art. 65, 66, 67, 69, 75, 83 EG.BGB. über genossenschaftliche Bildungen, die dem Agrarrecht, Forstrecht, Bergrecht, Jagd- und Fischereirecht angehören[43]). Auch soweit es sich in allen diesen Fällen um wahre Gesellschaften handelt, kommen die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts darauf nur modifizirt (soweit nicht ein Anderes bestimmt ist) zur Anwendung[44]). S. z. B. §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB. Hier ist nur die bürgerliche Gesellschaft zu behandeln.

§ 281.

B. Verhältniß der Gesellschafter untereinander.

Der Gesellschaftsvertrag erzeugt in erster Linie Rechte und Pflichten der Gesellschafter untereinander[1]). Die Gesellschaft braucht gar nicht nach Außen erkennbar hervorzutreten. Soweit zur Erreichung des Gesellschaftszwecks die Vornahme von Rechtshandlungen (insbesondere von Rechtsgeschäften) erforderlich ist, können diese von einem oder einzelnen Gesellschaftern auf ihren Namen und für Rechnung sämmtlicher Gesellschafter vollzogen werden[2]). Die Gesellschaft besteht dann nur nach Innen hin — ist eine Innengesellschaft — und kommt über die hier besprochenen Wirkungen nicht hinaus[3]).

I. Das Verhältniß der Gesellschafter untereinander richtet sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrage. Diese

---

42) Die aber auch zum Theil in die juristischen Personen übergehen, also mit selbständiger Rechtsfähigkeit begabt sind. Insofern scheiden sie hier aus.

43) Danach ist die Frage, ob eine juristische Person oder modifizirte Gesellschaft vorliegt, zum Theil verschieden zu beantworten. S. daher auch oben Bd. I § 49 zu Note 6 u. § 50 zu Note 10. Manche dieser Bildungen sind noch gelegentlich (vor Allem im Sachenrechte) zu erwähnen.

44) Einige Haupteigenthümlichkeiten der Handelsgesellschaften gegenüber der bürgerlichen Gesellschaft s. schon oben Note 11. Vgl. im Uebrigen Gierke, Archiv f. bürg. Recht Bd. 19 S. 114 ff.

1) Sogar das Handelsgesetzbuch, welches in der Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens am weitesten geht (s. o. § 280 Note 11), nimmt hiervon den Ausgang. S. §§ 109 ff. HGB. Dies ist in der Natur der Sache begründet, da der Gesellschaftsvertrag zunächst unter den Parteien wirkt.

2) S. o. Bd. I § 103 Ziff. 2. Es tritt dann also gar nicht hervor, daß für eine Gesellschaft gehandelt ist, und die übrigen Gesellschafter werden nach Außen hin (dem dritten Geschäftsgegner) nicht berechtigt und verpflichtet.

3) Diese internen Wirkungen treten also immer ein, die externen keineswegs immer. S. auch Hellwig a. a. O. S. 203. Unsere Darstellung befolgt daher absichtlich die umgekehrte Reihenfolge wie bei den juristischen Personen (Bd. I §§ 51 ff.).

bestimmt den Gesellschaftszweck und die zu seiner Erreichung den Einzelnen zugewiesenen Aufgaben. Etwaigen Unbestimmtheiten in beiden Richtungen ist durch Auslegung abzuhelfen[4]). Im Allgemeinen ist auf den festgesetzten Geschäftszweck nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte hinzuwirken[5]) und alles dazu Erforderliche zu thun. Hierauf besteht unter den Gesellschaftern gegenseitig ein Anspruch[6]).

Dabei ist eine Hauptfrage, inwieweit diese verschiedenen Verpflichtungen von einander abhängen. Auf den Gesellschaftsvertrag finden grundsätzlich die Regeln Anwendung[7]), welche über die Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen[8]) aufgestellt sind. (§§ 320—327 BGB.). So insbesondere wenn Einer nicht leistet, haben die Anderen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages; bei Unmöglichkeit der Leistung oder Verzug des Einen werden je nachdem die Anderen von ihrer Leistung befreit (§ 323), oder sie haben ein Recht auf Schadensersatz oder den Rücktritt vom Vertrage (§§ 325, 326). Jedoch[9])

1. es ist selbstverständlich, daß diese Grundsätze auf eine Gesellschaft, bei welcher der säumigen Partei[10]) nicht ein, sondern oft zahlreiche Gegenparteien gegenüberstehen — die Handlung des Einzelnen sich auch meist längere Zeit hinzieht, und eine Verpflichtung successive erst die andere auslöst[11]), von vornherein nur modifizirt zur Anwendung kommen können. So kann z. B.[12])

a) von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, welche die Anderen zur Rückhaltung ihrer respektiven Leistungen befugt, nur bei Erfüllung solcher Pflichten Gebrauch gemacht werden, die unmittel-

4) Schließlich gelten die allgemeinen Vorschriften über das nothwendige Maß der Bestimmtheit der Leistung. S. o. § 146 u. Entsch. d. RG. Bd. 30 S. 148.

5) Dazu gehört unter Umständen auch die Unterlassung von Konkurrenzbetrieben oder der Betheiligung an solchen (besonders im Handelsrecht wichtig).

6) Entsprechend der röm. actio pro socio.

7) Denn s. o. § 280 Note 2.

8) §§ 168 ff. Auch die Motive Bd. 2 S. 600 gehen davon aus. Zustimmend die meisten Schriftsteller; nur hinsichtlich der Frage nach dem Umfang der Anwendung neben den speziellen Gesellschaftsvorschriften besteht Streit. Grundsätzlich ablehnend Dernburg § 357 Ziff. III.

9) Vgl. schon die Modifikationen dieser allgemeinen Grundsätze bei Kauf, Miethe, Dienstvertrag ꝛc.

10) Oder dem, dessen Leistung nach Eingehen der Gesellschaft unmöglich wurde ꝛc.

11) Das Hinwirken des Einen auf den gemeinschaftlichen Zweck ist oft erst möglich, nachdem der Andere geleistet und damit gewissermaßen den Boden für die weitere Thätigkeit bereitet hat.

12) Der § 324 BGB. kann nur unter starker Umdeutung zur Anwendung kommen. S. darüber Knoke S. 48 ff.

bar auf dem Gesellschaftsvertrage beruhen, z. B. bei Nichtleistung der Beiträge[13]); nicht bei Verpflichtungen, die sich erst successive im Laufe der Geschäftsführung[14]) entwickeln (wie z. B. bei der Verpflichtung zur Rechnungslegung, Herausgabe eingenommener Werthe u. dgl.). Hinsichtlich dieser liegt kein Gegenseitigkeitsverhältniß vor[15]). Könnten wegen Unregelmäßigkeiten in dieser Beziehung auch die Anderen einfach ihre Thätigkeit einstellen, so wäre die Erreichung des Gesellschaftszwecks überhaupt ausgeschlossen[16]).

b) Stehen dem Säumigen mehrere andere Gesellschafter gegenüber, so kann blos dieser die Nichtleistung von Seiten Anderer nicht rügen[17]). Dagegen kann jeder nicht Säumige von den Uebrigen die Erfüllung ihrer Vertragspflichten verlangen. Diese können ihm nicht entgegenhalten, daß ein dritter Gesellschafter noch nicht geleistet habe[18]).

c) Soweit Schadensersatz (wegen Nichterfüllung oder Verzug) zu leisten ist, fließt er in das Gesellschaftsvermögen, kommt also bei der Auftheilung des letzteren auch wieder antheilig dem Leistenden zu Gute[19]). Anders nur soweit ein Gesellschafter durch die Nichtleistung einen besonderen persönlichen Schaden erlitten hat[20]).

d) Der Rücktritt von Vertrage (aus §§ 325, 326 BGB.) kann von den übrigen Gesellschaftern nur gemeinsam ausgeübt werden. Arg. 356 BGB[21]).

2. Auf der anderen Seite gilt auch hier, daß jeder Gesellschafter auf prompte Pflichterfüllung seitens der anderen muß rechnen können[22]). Man kann ihm nicht zumuthen, bei grober Vernachlässigung der Vertragspflichten von anderer Seite zu warten

---

13) S. § 705 i. f. BGB. u. unten Note 28 ff.
14) S. §§ 709 ff. BGB. u. unten Note 61 ff.
15) Im Sinne des § 320 (Zug- um Zugleistung ꝛc.).
16) Zustimmend Oertmann § 705 Note 3, Knoke S. 44 u. Cit. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 26 S. 257.
17) Soweit ein solches nach dem Obigen überhaupt statthaft ist.
18) Sie können höchstens verlangen, daß auch der säumige Gesellschafter zugleich auf seinen Antheil belangt werde. Enneccerus § 308 i. f. — Schlechthin gegen die exceptio in diesem Falle Knoke S. 43, Planck vor § 705 II Ziff. 3.
19) Arg. § 734 BGB. Durch die Säumniß ꝛc. hatte der Gesellschaftszweck resp. das Gesellschaftsvermögen, in das hinein die Leistung erfolgen sollte (nicht bloß die übrigen Gesellschafter) gelitten. Außerdem ist dies der einzige Ausweg für den Fall, daß einzelne Gesellschafter den Ersatz nicht fordern wollen. Arg. § 432 BGB.
20) Diesen kann er für seine Person allein ersetzt verlangen.
21) S. auch Knoke S. 49 ff.
22) Wie beim Dienstvertrage. S. o. § 259.

und dem Säumigen Nachfristen zu setzen[22]). Das Gesetz gibt jedem Gesellschafter das Recht, die Gesellschaft auch vorzeitig aus „wichtigem Grund" zu kündigen, ohne daß es einer Inverzugsetzung bedarf. Ebenso bei erheblicher Mangelhaftigkeit der Leistungen eines Genossen[24]). Das Kündigungsrecht[25]) unterscheidet sich vom Rücktritt auch hier dadurch, daß es nur für die Zukunft wirkt, — die Gesellschaft also nach §§ 733 ff. auseinanderzusetzen, und insbesondere für die inzwischen geleisteten Dienste und Ueberlassung des Gebrauchs von Gegenständen keine Vergütung zu verlangen ist[26]).

II. Die Gesellschafter haben einander mangels besonderer Verabredung bei Erfüllung der ihnen obliegenden Verpflichtungen nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten[27]) einzustehen. § 708 BGB. — Im Uebrigen sind folgende regelmäßig vorkommende Verpflichtungen hervorzuheben:

1. Jeder Gesellschafter hat die vereinbarten Beiträge zu leisten. § 705 i. f. Dies sind besondere im Gesellschaftsvertrag hervorgehobene[28]) Leistungen. Sie können in der Uebertragung oder Gebrauchsüberlassung von Gegenständen, aber auch in Dienstleistungen bestehen. § 706 Abs. 2 und 3. Jeder Gesellschafter ist zur Leistung solcher Beiträge verpflichtet[29]). Doch brauchen sie nicht gleich hoch zu sein. Näheres über Art und Höhe bestimmt der Gesellschaftsvertrag[30]). Mangels besonderer

---

23) Oder sich mit der Konstatirung zu belasten, daß dem anderen Gesellschafter die Erfüllung seiner Vertragspflichten unmöglich geworden ist. Oder ihn nach § 283 BGB. erst rechtskräftig zur Vertragserfüllung verurtheilen zu lassen ꝛc.

24) Wegen Mangelhaftigkeit der in die Gesellschaft einzubringenden Sachen s. jedoch unten Note 36 ff.

25) Davon wird unten § 283 V Ziff. 2 noch besonders die Rede sein. Es geht über die im Text besprochenen Fälle weit hinaus.

26) Vgl. § 733 Abs. 2 i. f. im Gegensatz zu § 346 BGB. (Daß der Rücktritt vom Vertrage gegebenenfalls nur von allen übrigen Gesellschaftern erklärt werden kann, ist schon erwähnt.)

27) S. o. Bd. I § 109 zu Note 27 ff. Dies entspricht dem älteren Recht. S. schon l. 72 Dig. pro socio 17, 2; Preuß. A.L.R. I Tit. 17 §§ 211 ff.; § 1371 d. Sächs. GB.; Art. 94 des ehemal. HGB. — Für seine Gehülfen haftet der Leistende auch hier nach § 278 BGB. absolut.

28) Auch aus dem übrigen Inhalt des Gesellschaftsvertrags können sie sich mit Rücksicht auf die Umstände als nothwendig gewollt ergeben. Es entscheidet die Auslegung des ganzen Vertrages. — Die Beiträge können als einmalige oder als wiederkehrende Leistungen bestimmt sein.

29) Andernfalls läge keine Gesellschaft vor. Dies ist wohl unstreitig. Siehe auch Mot. Bd. 2 S. 594, 596; Prot. Bd. 2 S. 417.

30) Z. B. der Eine gibt das Gesellschaftslokal, der Andere die nöthigen Betriebsmittel, vor Allem Geld, aber auch andere Dinge. Der Dritte arbeitet damit in vorgeschriebener Weise ꝛc.

Bestimmung haben alle Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten. § 706 Abs. 1.

a) Das Einbringen von Gegenständen als Beitrag in die Gesellschaft kann geschehen zum gemeinschaftlichen Eigenthum aller Gesellschafter oder blos zur Benutzung für die Gesellschaftszwecke[31]). Das Einbringen zu Eigenthum von Sachen geschieht durch Vollzug des nothwendigen dinglichen Uebereignungsakts[32]), also durch Auflassung oder Uebergabe in den verschiedenen Formen[33]). Die Uebereignung ist hier (wie beim Kaufe) nur Erfüllung der aus dem Gesellschaftsvertrag entspringenden Pflicht[34]). Forderungsrechte und andere Rechte, die entsprechend als Beitrag geleistet werden sollen, sind nach den ihnen eigenen Grundsätzen abzutreten[35]).

Für Mängel im Rechte bei der Uebertragung und für faktische Mängel der eingebrachten Sachen haftet der einbringende Gesellschafter wie ein Verkäufer[36]). §§ 445, 493 BGB. Doch kann der Anspruch auf Wandelung[37]) von den anderen Gesellschaftern nur gemeinschaftlich erhoben werden. Bei Gattungssachen wird in erster Linie auf Lieferung einer mangelfreien Sache zu dringen sein[38]).

Im Gegensatze hierzu steht das Einbringen zur Benutzung. Hier hat der Einbringende die vertragsmäßige Zeit hindurch den anderen Gesellschaftern die Benutzung des Gegenstandes zu gewähren und dafür eventuell wie ein Vermiether einzustehen[39]).

α. Ist einfach das „Einbringen" verfügt, ohne nähere Bestimmung

---

31) Römisch sprach man vom Einbringen quoad sortem und quoad usum.

32) Einigung der Gesellschafter über die Eigenthumsübertragung an Alle, Besitzübertragung in diesem Sinne resp. Eintragung im Grundbuch auf den Namen sämmtlicher Gesellschafter. §§ 925, 929 BGB. S. dazu Gierke a. a. O. S. 23 Note 34a.

33) Also auch durch traditio brevi manu, Besitzkonstitut, Abtretung des Herausgabeanspruchs, §§ 929 BGB. S. o. §§ 217, 218, die entsprechenden Ausführungen beim Kaufe.

34) Vgl. § 433 Abs. 1 BGB. Doch kann die Gesellschaft auch spontan bei gleichzeitiger Hingabe der Sachen von Seiten eines Gesellschafters geschlossen werden. Dann darf man den Akt (wie beim Realkauf) nicht zerreißen.

35) S. §§ 398 ff., 413 BGB. Und auf diese Art allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu machen.

36) Also nach den obigen Regeln §§ 219, 220 ff.

37) Aehnlich wie oben bei Note 21 der Rücktritt vom Vertrage.

38) Denn aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrags folgt in erster Linie das Hinwirken auf den Gesellschaftszweck, dem regelmäßig nur durch Nachlieferung gedient wird. S. auch Knoke S. 51. — Auch dürfte der Umstand, daß einzelne Gesellschafter den Mangel gekannt haben, dem Anspruch nicht schaden.

39) S. auch Dernburg § 357 i. f. u. unten Note 43. — Uebrigens ist auch die Bestellung dinglicher Rechte an Sachen möglich, wo dann der Fall nach Art der Uebereignung zu behandeln ist.

ob zu Eigenthum oder nur zum Gebrauche, so ist im Zweifel anzunehmen, daß vertretbare und verbrauchbare Sachen[40]) zu Eigenthum einzubringen seien. Ebenso andere Sachen, wenn sie nach einer Schätzung[41]) beizutragen sind, die nicht blos für die Gewinnvertheilung bestimmt ist[42]). § 706 Abs. 2.

β. Die nur zur Benutzung eingebrachten Sachen stehen während der Gesellschaftszeit auf Gefahr des Einbringenden (als ihres Eigenthümers). Vgl. § 732[43]). Bei den zu Eigenthum einzubringenden geht die Gefahr im Augenblick der Ablieferung[44]) (des Eigenthumsübergangs) auf die Gesellschaft über[45]).

b) Die Beiträge kann jeder Gesellschafter einfordern[46]). Doch kann er nicht Leistung an sich selbst, sondern nur an Alle d. h. in das Gesellschaftsvermögen[47]) verlangen. Arg. § 432. Es handelt sich hier nicht um einen Anspruch aus der Geschäftsführung[48]) sondern um einen solchen aus dem Gesellschaftsvertrage, der also jedem Betheiligten zusteht. Dagegen können im Fall der Nichtleistung nicht sämmtliche daraus entfließenden Konsequenzen von jedem einzelnen Gesellschafter

---

40) Für Rechte fehlt eine entsprechende Auslegungsregel. — Diejenige für Sachen entspricht dem älteren Recht. S. z. B. l. 58 pr. Dig. pro socio 17, 2, Code Nap. Art. 1851, § 1366 Sächs. GB. u. Art. 91 des ehemal. HGB.

41) Aestimatio facit venditionem (aestimatio venditionis causa). Vgl. l. 10 § 5 Dig. de iure dot. 23, 3.

42) Aestimatio taxationis causa. Freilich entsteht hier die Thatfrage, ob die Schätzung im einen oder anderen Sinne geschehen sei. Für Entscheidung im letzteren Sinne spricht unter Umständen, daß die Gewinnvertheilung unter Berücksichtigung der Höhe der Einlagen erfolgen soll. Dies ist aber Ausnahme (s. u.). Auch aus der Wortfassung des § 706 Abs. 2 dürfte erhellen, daß die Gesellschafter die auf Grund einer Schätzung eingebrachten Sachen als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen dürfen, während dem Einbringenden der Gegenbeweis obliegt, daß die Schätzung nur für die Gewinnvertheilung erfolgt sei.

43) Daß der Einbringende, welcher die Benutzung nicht weiter gewähren kann, sich dafür einen Abzug an den aus der Gesellschaft für ihn entfließenden Gegenleistungen gefallen lassen muß, folgt aus dem oben bei Note 39 Gesagten.

44) Resp. des Eigenthumsübergangs. Nicht wie beim Kauf schon mit der Absendung.

45) Die Folge ist: der Einbringende hat seiner Beitragspflicht Genüge geleistet. Er braucht seine Beiträge nicht zu erhöhen (s. § 707 BGB. u. unten lit. c); also kann ihm auch wegen des zufälligen Untergangs kein Abzug an den ihm gebührenden Gesellschaftsleistungen gemacht werden. — Gehen die einzubringenden Sachen vor Uebergang der Gefahr auf die Gesellschaft unter, so ist der Beitrag nicht geleistet.

46) Soweit ihm nicht nach Ziff. I die Einrede des nicht erfüllten Vertrages u. s. w. entgegensteht.

47) Davon noch unten Ziff. III. — Handelt es sich nur um Dienstleistungen, so wird diese Unterscheidung nicht immer zu machen sein.

48) S. u. Ziff. 2. A. M. Dernburg § 858 zu Note 6.

mehr können über die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Werthe während Bestehens der Gesellschaft nur alle Gesellschafter zusammen verfügen. Ebensowenig kann Einer sich willkürlich aus dem Verband loslösen, solange die „Gesellschaft" besteht: er ist nicht einseitig berechtigt, Theilung zu verlangen[14]). § 719 BGB[15]). — Aehnliches gilt für die Schulden, die im Verlaufe der Gesellschaft für die sämmtlichen Mitglieder entstanden sind. Diese Schulden haben vor anderen Schulden der einzelnen Gesellschafter[16]) mancherlei Vorzüge. Denn Privatgläubiger eines Gesellschafters können grundsätzlich an dem Gesellschaftsvermögen nicht mehr Rechte haben, als der betreffende Gesellschafter selbst. Das Gesellschaftsvermögen haftet den Privatgläubigern eines Gesellschafters also nicht unmittelbar. Die Privatgläubiger können zwar den „Antheil ihres Schuldners am Gesellschaftsvermögen" pfänden, aber niemals die einzelnen dazu gehörigen Gegenstände[17]), weil letztere nicht dem Gesellschaftszweck entzogen werden dürfen. Pfändet also ein Privatgläubiger den gesammten Gesellschaftsantheil seines Schuldners, so hat er damit ein Exekutionsobjekt von ganz unsicherem Bestande. Er muß abwarten, was bei Auflösung der Gesellschaft auf seinen Schuldner entfällt[18]). Doch darf er auf Grund der Pfändung die Gesellschaft kündigen, sie also schneller zur Auflösung bringen[19]). § 725 BGB. Nach der Theilung darf er sich dann aus dem befriedigen, was in der Auseinandersetzung seinem Schuldner zukommt. Dies ist aber immer nur derjenige Theil der Gesellschaftsaktiven, der nach Abzug der Passiven übrig bleibt[20]). Es haben also die Gesellschaftsgläubiger[21])

14) Theilung erfolgt nach Note 12 u. Cit. nur in Form der Liquidation der Gesellschaft im Ganzen, auf Grund der gesetzlich anerkannten Auflösungsgründe (§ 288).

15) Keine Besonderheit des Gesellschaftsrechts, wie Cosack § 276 I Ziff. 3b annimmt, sondern des an den Gemeinschaftssachen bestehenden Miteigenthums der Gesellschafter ist es, daß der einzelne Gesellschafter für seine Person dingliche Rechte an den Gesellschaftssachen haben kann. S. § 1009 BGB. Was für das Miteigenthum nach Bruchtheilen möglich ist, muß um so mehr beim Miteigenthum zur gesammten Hand möglich sein.

16) Von den sog. Privatschulden. Doch ist die nähere Bestimmung der Gesellschafts- und Privatschulden nicht unzweifelhaft. S. darüber unten § 282 Ziff. II. Hier genügt nur eine Andeutung.

17) Oder einen „Antheil" ihres Schuldners an den letzteren. S. o. zu Note 11.

18) Denn erst hier wird dessen „Antheil am Gesellschaftsvermögen" in ein selbständiges Werthobjekt umgesetzt.

19) Dies mußte allerdings gestattet werden (so gut wie der Konkurs eines Gesellschafters nach § 728 einen Auflösungsgrund bildet), damit das in der Gesellschaft steckende Vermögen eines Schuldners überhaupt von seinen Gläubigern angegriffen werden kann.

20) Das zur Vertheilung kommende Vermögen ist immer nur deducto aere alieno zu verstehen.

von selbst ein Vorzugsrecht vor den Gläubigern eines einzelnen Gesellschafters[22]). Sie können sich aus dem Gesellschaftsvermögen abgesondert befriedigen[23]).

3. Trotz der rechtlichen Absonderung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter[24]), haben wir es aber sowohl im inneren Verhältniß der Gesellschafter als nach Außen hin (im Verhältniß zu Dritten) vorzüglich mit Rechten und Pflichten der einzelnen Gesellschafter zu thun[25]). Eine Modifikation der allgemeinen Haftungsgrundsätze erklärt sich hinlänglich daraus, daß den Parteien gestattet ist, durch den Vertrag ein Sondervermögen zu schaffen, welches bis zu gewissem Grade einem von ihrem übrigen Vermögen abweichenden Schicksal unterliegt[26]).

4. Das hier geschilderte Verhältniß weist auf eine prinzipielle Gleichstellung der Betheiligten in sozialer und wirthschaftlicher Beziehung hin. Daran ist die Gesellschaft namentlich dann zu erkennen, wenn nur einzelne Gesellschafter arbeiten, andere das Kapital einschießen oder den Geschäftszweck in sonstiger immaterieller Weise fördern[27]). Das ist möglich und zulässig. Eine Gesellschaft liegt aber nur vor, wenn Jeder den Anderen als Genossen des eigenen Wirkens ansieht[28]), d. h. wenn die von Jedem verfolgten

---

21) Ueberhaupt diejenigen, denen alle Gesellschafter haften. S. u. § 282 Ziff. II.

22) Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen, also in die einzelnen dazu gehörigen Aktiven bedarf es eines gegen alle Gesellschafter ergangenen vollstreckbaren Schuldtitels. S. § 736 CPO. u. unten § 282 Ziff. II.

23) Dieses Absonderungsrecht zeigt sich auch im Konkurse über das Vermögen eines Gesellschafters. Das Gesellschaftsvermögen wird in diesen Konkurs nicht hineingezogen. § 51 KO.

24) Andere Theorien über das Wesen des Gesellschaftsvermögens hatten schon für das ehemalige Handelsrecht Laband in d. Ztschr. f. Handelsr. Bd. 31 S. 51 und Adler, Entwickelungslehre u. Dogmatik des Gesellschaftsrechts (1894) aufgestellt, die schon seinerzeit überwiegend bekämpft wurden und jetzt erst recht nicht mehr haltbar sind. S. auch Knoke S. 92 ff.

25) Daher kann die Gesellschaft als solche weder klagen noch verklagt werden. § 50 Abs. 2 CPO. ist unanwendbar. S. auch Hellwig a. a. O. S. 198 ff., und wegen der Unzulässigkeit eines bloßen Gesellschaftskonkurses schon oben Note 11.

26) Aehnlich wie Jemand unter Umständen eine beschränkte Haftung überhaupt bedingen kann (s. o. Bd. I § 36 Note 12). Im vorliegenden Falle wird durch den Gesellschaftsvertrag nur die Art der Haftung modifizirt. S. darüber schon oben § 139 zu Note 23—24.

27) Z. B. indem sie der Spekulation die Wege weisen oder das Unternehmen mit ihrem persönlichen Ansehen unterstützen.

28) Wenn bei den Parteien der animus contrahendae societatis vorhanden ist, d. i. die Absicht, als Genossen zusammenzuwirken. Vgl. l. 44 Dig. pro socio 17, 2. Worin diese sich zeigt, erklärt l. 63 pr. eod. so, daß die societas ius quodammodo fraternitatis in se habet (also in einer Art wirthschaftlichen und gesellschaftlichen Gleichstellung der Kontrahenten). Diese feinsinnigen Be-

Zwecke nicht blos äußerlich eine Strecke parallel gehen, sondern innerlich identisch sind: sich zu einem Allen gemeinschaftlichen „Gesellschaftszwecke" vereinigen. Daher sind keine Gesellschaften die partiarischen Lohn- und Gewinngeschäfte[29]): z. B. des sog. commis intéressé, wenn der Kaufmann oder Fabrikherr seinen Arbeitern einen Antheil am Gewinn (Tantième) zusagt, — des Darlehens gegen Dividende, — der Theilpacht u. s. w.[30]).

Allerdings entscheidet hier nicht der Name, insbesondere nicht die äußere Einkleidung, welche die Parteien ihrem Vertrage geben[31]), sondern das Wesen der Vereinbarung. Auch sind die Grenzen flüssig. Die Auslegung hat festzustellen, ob Lohn für Dienstleistungen resp. Zins für einen Kapitalzuschuß zu einem Produktionszweige bezweckt war, der dem anderen Vertragstheile allein zugehört[32]), oder ob die Parteien sich einander als gleichberechtigte Förderer eines gemeinschaftlichen Zweckes angenommen und demgemäß auch gegenseitig zum Hinwirken auf diesen Zweck verpflichtet haben. Nur im letzteren Fall liegt eine Gesellschaft vor[33]).

5. Der Gesellschaftsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form[34]), es sei denn, daß aus dem Inhalt sich die Nothwendigkeit der Form ergibt. So wenn die Gesellschaft das gesammte gegenwärtige Vermögen der Gesellschafter oder eines Gesellschafters begreifen soll. § 311 BGB. Derartige Gesellschaften des ganzen

---

obachtungen haben Anspruch auf dauernde Gültigkeit. Vgl. schon Crome a. a. O. S. 10 ff.

29) S. o. Bd. I § 76 Ziff. II. Hier besteht ein Umsatzzweck, kein Gesellschaftszweck.

30) S. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 37, 163, 374 ff. u. oben bei den betreffenden Verträgen.

31) Häufig hat hier die Auslegung geradezu mit direkter Simulation der Kontrahenten zu kämpfen. Hauptbeispiele bei Crome a. a. O. S. 378 ff. Eine gesellschaftliche Einlage wird als Darlehen bezeichnet, um die persönliche Haftung des Kapitalisten für die Gesellschaftsschulden über den Betrag des Hingegebenen hinaus auszuschließen u. dgl. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 165, Bd. 31 S. 33, Bd. 33 S. 125.

32) Der andere Theil arbeitet dann für ihn gegen Lohn, oder leiht ihm zur Produktion ein Kapital, steht ihm aber im Uebrigen fern: er hat vor Allem keinen Einfluß auf die Gestaltung des Betriebes.

33) Derselbe thatsächliche Betrieb kann also, je nach dem Geschäftszweck, bald Gesellschaft bald ein anderes Geschäft sein. Dies ist nichts Wunderbares. Unterscheiden sich doch z. B. Leihe und Verwahrung, Darlehen und irreguläre Verwahrung (s. o. § 277 Ziff. I) auch nicht anders.

34) Entsprechend dem römisch-gemeinen, abweichend vom Preuß. A.LR. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 168. — Auch die Anmeldung der Gesellschaft zu einem öffentlichen Register findet nach bürgerlichem Recht nicht statt. Anders z. B. § 106 HGB.

Vermögens sind aber heutzutage selten[35]) — eine solche des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens ist überhaupt verboten[36]) und nichtig[37]). § 310.

Der Gesellschaftszweck ist also heute regelmäßig ein besonderer, sei es ein vermögensrechtlicher oder ein anderer (gemeinnütziger, wohlthätiger oder sonst idealer, oder lediglich ein Annehmlichkeitszweck). Die Gesellschaften des modernen Lebens sind Sondergesellschaften. Sie beginnen manchmal mit geringen Mitteln oder ganz ohne Vermögen. Sie haben einen Gewinnzweck (sind Erwerbsgesellschaften) oder nicht. Selbstverständlich muß der Zweck möglich und erlaubt sein, also insbesondere nicht gegen die guten Sitten verstoßen[38]). „Gemeinschaftlich" ist der Zweck auch dann nicht, wenn der Vertrag einer Partei allen Gewinn, der anderen allen Verlust zuweist. Eine solche Verabredung ist keine Gesellschaft[39]).

6. Das Gesellschaftsrecht der §§ 705 ff. BGB. erschöpft keineswegs alle vorkommenden Fälle. Es umfaßt nur die sog. bürgerlichen Gesellschaften (Sozietäten des Civilrechts). Daneben gibt es Sonderbestimmungen[40]), insbesondere des Handelsrechts über die zahlreichen sog. Handelsgesellschaften[41]), so die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft (§§ 105 ff., 161 ff. HGB.). Dazu treten zahl-

35) Während sie bei den Römern eine Hauptrolle spielten.

36) Doch verbietet diese Bestimmung nicht, ein überkommenes (z. B. ererbtes) Vermögen ungetrennt zu lassen und nach gewissen Grundsätzen zu verwalten. Dies ist ein gegenwärtiges, kein zukünftiges Vermögen. Und auch als Vertrag künftiger gesetzlicher Erben (§ 312 Abs. 2) ist die Abmachung gültig, weil sie nicht das gesammte künftige Vermögen des Vertragsschließenden umfaßt.

37) Ob sie als Gesellschaft des gegenwärtigen Vermögens aufrecht erhalten werden kann, ist nach § 139 BGB. zu beurtheilen. — Im ehelichen Güterrecht kommt eine Gesellschaft des gegenwärtigen und künftigen Vermögens vor: die allgemeine Gütergemeinschaft (die aber unter besonderen Grundsätzen steht).

38) Sonst wäre der Gesellschaftsvertrag nach Bd. I § 85 nichtig. S. auch oben § 145. — Ist auf Grund eines nichtigen Gesellschaftsvertrags thatsächlich ein Vermögen zusammengebracht, so gelten dafür die Regeln der (vertragslosen) Gemeinschaft. S. u. § 286. Zu Gunsten der geschäftsführenden Gesellschafter kommt § 729 BGB. entsprechend zur Anwendung (s. u. § 288 Ziff. III u. IV am Ende).

39) Societas leonina! — Doch braucht der Vertrag nicht nichtig zu sein. Es kann ein anderes Geschäft vorliegen. S. o. Bd. I § 79 bes. Note 14.

40) Zwei dem bürgerlichen Recht selbst angehörige Sonderfälle sind schon erwähnt: die sog. nicht rechtsfähigen Vereine (s. o. Bd. I § 55) und ausländische Vereine, die im Ausland aber nicht im Inland die Rechtsfähigkeit erlangt haben (s. Bd. I § 28 Note 17 ff.). Die eheliche Gütergemeinschaft kommt im Familienrecht zur Besprechung.

41) Uebrigens sind manche von ihnen als juristische Personen anerkannt, gehören daher überhaupt nicht hierher. So die Aktiengesellschaften und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Vgl. §§ 178 ff. HGB. u. RG. über die Ges. m. beschr. Haftung v. 20. April 1892.

reiche Genossenschaften des Spezialrechts[42]). Nicht immer ist dies Spezialrecht schon reichsrechtlich kodifizirt. Darauf beziehen sich die Vorbehalte in Art. 65, 66, 67, 69, 75, 83 EG.BGB. über genossenschaftliche Bildungen, die dem Agrarrecht, Forstrecht, Bergrecht, Jagd- und Fischereirecht angehören[43]). Auch soweit es sich in allen diesen Fällen um wahre Gesellschaften handelt, kommen die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts darauf nur modifizirt (soweit nicht ein Anderes bestimmt ist) zur Anwendung[44]). S. z. B. §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB. Hier ist nur die bürgerliche Gesellschaft zu behandeln.

§ 281.

B. Verhältniß der Gesellschafter untereinander.

Der Gesellschaftsvertrag erzeugt in erster Linie Rechte und Pflichten der Gesellschafter untereinander[1]). Die Gesellschaft braucht gar nicht nach Außen erkennbar hervorzutreten. Soweit zur Erreichung des Gesellschaftszwecks die Vornahme von Rechtshandlungen (insbesondere von Rechtsgeschäften) erforderlich ist, können diese von einem oder einzelnen Gesellschaftern auf ihren Namen und für Rechnung sämmtlicher Gesellschafter vollzogen werden[2]). Die Gesellschaft besteht dann nur nach Innen hin — ist eine Innengesellschaft — und kommt über die hier besprochenen Wirkungen nicht hinaus[3]).

I. Das Verhältniß der Gesellschafter untereinander richtet sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrage. Dieser

---

42) Die aber auch zum Theil in die juristischen Personen übergehen, also mit selbständiger Rechtsfähigkeit begabt sind. Insofern scheiden sie hier aus.

43) Danach ist die Frage, ob eine juristische Person oder modifizirte Gesellschaft vorliegt, zum Theil verschieden zu beantworten. S. daher auch oben Bd. I § 49 zu Note 6 u. § 50 zu Note 10. Manche dieser Bildungen sind noch gelegentlich (vor Allem im Sachenrechte) zu erwähnen.

44) Einige Haupteigenthümlichkeiten der Handelsgesellschaften gegenüber der bürgerlichen Gesellschaft s. schon oben Note 11. Vgl. im Uebrigen Gierke, Archiv f. bürg. Recht Bd. 19 S. 114 ff.

1) Sogar das Handelsgesetzbuch, welches in der Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens am weitesten geht (s. o. § 280 Note 11), nimmt hiervon den Ausgang. S. §§ 109 ff. HGB. Dies ist in der Natur der Sache begründet, da der Gesellschaftsvertrag zunächst unter den Parteien wirkt.

2) S. o. Bd. I § 103 Ziff. 2. Es tritt dann also gar nicht hervor, daß für eine Gesellschaft gehandelt ist, und die übrigen Gesellschafter werden nach Außen hin (dem dritten Geschäftsgegner) nicht berechtigt und verpflichtet.

3) Diese internen Wirkungen treten also immer ein, die externen keineswegs immer. S. auch Hellwig a. a. O. S. 203. Unsere Darstellung befolgt daher absichtlich die umgekehrte Reihenfolge wie bei den juristischen Personen (Bd. I §§ 51 ff.).

bestimmt den Gesellschaftszweck und die zu seiner Erreichung den Einzelnen zugewiesenen Aufgaben. Etwaigen Unbestimmtheiten in beiden Richtungen ist durch Auslegung abzuhelfen[4]). Im Allgemeinen ist auf den festgesetzten Geschäftszweck nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte hinzuwirken[5]) und alles dazu Erforderliche zu thun. Hierauf besteht unter den Gesellschaftern gegenseitig ein Anspruch[6]).

Dabei ist eine Hauptfrage, inwieweit diese verschiedenen Verpflichtungen von einander abhängen. Auf den Gesellschaftsvertrag finden grundsätzlich die Regeln Anwendung[7]), welche über die Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen[8]) aufgestellt sind. (§§ 320—327 BGB.). So insbesondere wenn Einer nicht leistet, haben die Anderen die Einrede des nicht erfüllten Vertrages; bei Unmöglichkeit der Leistung oder Verzug des Einen werden je nachdem die Anderen von ihrer Leistung befreit (§ 323), oder sie haben ein Recht auf Schadensersatz oder den Rücktritt vom Vertrage (§§ 325, 326). Jedoch[9])

1. es ist selbstverständlich, daß diese Grundsätze auf eine Gesellschaft, bei welcher der säumigen Partei[10]) nicht ein, sondern oft zahlreiche Gegenparteien gegenüberstehen — die Handlung des Einzelnen sich auch meist längere Zeit hinzieht, und eine Verpflichtung successive erst die andere auslöst[11]), von vornherein nur modifizirt zur Anwendung kommen können. So kann z. B.[12])

a) von der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, welche die Anderen zur Rückhaltung ihrer respektiven Leistungen befugt, nur bei Erfüllung solcher Pflichten Gebrauch gemacht werden, die unmittel-

4) Schließlich gelten die allgemeinen Vorschriften über das nothwendige Maß der Bestimmtheit der Leistung. S. o. § 146 u. Entsch. d. RG. Bd. 30 S. 148.

5) Dazu gehört unter Umständen auch die Unterlassung von Konkurrenzbetrieben oder der Betheiligung an solchen (besonders im Handelsrecht wichtig).

6) Entsprechend der röm. actio pro socio.

7) Denn s. o. § 280 Note 2.

8) §§ 168 ff. Auch die Motive Bd. 2 S. 600 gehen davon aus. Zustimmend die meisten Schriftsteller; nur hinsichtlich der Frage nach dem Umfang der Anwendung neben den speziellen Gesellschaftsvorschriften besteht Streit. Grundsätzlich ablehnend Dernburg § 357 Ziff. III.

9) Vgl. schon die Modifikationen dieser allgemeinen Grundsätze bei Kauf, Miethe, Dienstvertrag ꝛc.

10) Oder dem, dessen Leistung nach Eingehen der Gesellschaft unmöglich wurde ꝛc.

11) Das Hinwirken des Einen auf den gemeinschaftlichen Zweck ist oft erst möglich, nachdem der Andere geleistet und damit gewissermaßen den Boden für die weitere Thätigkeit bereitet hat.

12) Der § 324 BGB. kann nur unter starker Umdeutung zur Anwendung kommen. S. darüber Knoke S. 48 ff.

bar auf dem Gesellschaftsvertrage beruhen, z. B. bei Nichtleistung der Beiträge[13]); nicht bei Verpflichtungen, die sich erst successive im Laufe der Geschäftsführung[14]) entwickeln (wie z. B. bei der Verpflichtung zur Rechnungslegung, Herausgabe eingenommener Werthe u. dgl.). Hinsichtlich dieser liegt kein Gegenseitigkeitsverhältniß vor[15]). Könnten wegen Unregelmäßigkeiten in dieser Beziehung auch die Anderen einfach ihre Thätigkeit einstellen, so wäre die Erreichung des Gesellschaftszwecks überhaupt ausgeschlossen[16]).

b) Stehen dem Säumigen mehrere andere Gesellschafter gegenüber, so kann blos dieser die Nichtleistung von Seiten Anderer nicht rügen[17]). Dagegen kann jeder nicht Säumige von den Uebrigen die Erfüllung ihrer Vertragspflichten verlangen. Diese können ihm nicht entgegenhalten, daß ein dritter Gesellschafter noch nicht geleistet habe[18]).

c) Soweit Schadensersatz (wegen Nichterfüllung oder Verzug) zu leisten ist, fließt er in das Gesellschaftsvermögen, kommt also bei der Auftheilung des letzteren auch wieder antheilig dem Leistenden zu Gute[19]). Anders nur soweit ein Gesellschafter durch die Nichtleistung einen besonderen persönlichen Schaden erlitten hat[20]).

d) Der Rücktritt von Vertrage (aus §§ 325, 326 BGB.) kann von den übrigen Gesellschaftern nur gemeinsam ausgeübt werden. Arg. 356 BGB[21]).

2. Auf der anderen Seite gilt auch hier, daß jeder Gesellschafter auf prompte Pflichterfüllung seitens der anderen muß rechnen können[22]). Man kann ihm nicht zumuthen, bei grober Vernachlässigung der Vertragspflichten von anderer Seite zu warten

---

13) S. § 705 i. f. BGB. u. unten Note 28 ff.
14) S. §§ 709 ff. BGB. u. unten Note 61 ff.
15) Im Sinne des § 320 (Zug- um Zugleistung ꝛc.).
16) Zustimmend Oertmann § 705 Note 3, Knoke S. 44 u. Cit. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 26 S. 257.
17) Soweit ein solches nach dem Obigen überhaupt statthaft ist.
18) Sie können höchstens verlangen, daß auch der säumige Gesellschafter zugleich auf seinen Antheil belangt werde. Enneccerus § 308 i. f. — Schlechthin gegen die exceptio in diesem Falle Knoke S. 43, Planck vor § 705 II Ziff. 3.
19) Arg. § 734 BGB. Durch die Säumniß ꝛc. hatte der Gesellschaftszweck resp. das Gesellschaftsvermögen, in das hinein die Leistung erfolgen sollte (nicht bloß die übrigen Gesellschafter) gelitten. Außerdem ist dies der einzige Ausweg für den Fall, daß einzelne Gesellschafter den Ersatz nicht fordern wollen. Arg. § 432 BGB.
20) Diesen kann er für seine Person allein ersetzt verlangen.
21) S. auch Knoke S. 49 ff.
22) Wie beim Dienstvertrage. S. o. § 259.

und dem Säumigen Nachfristen zu setzen[23]). Das Gesetz gibt jedem Gesellschafter das Recht, die Gesellschaft auch vorzeitig aus „wichtigem Grund" zu kündigen, ohne daß es einer Inverzugsetzung bedarf. Ebenso bei erheblicher Mangelhaftigkeit der Leistungen eines Genossen[24]). Das Kündigungsrecht[25]) unterscheidet sich vom Rücktritt auch hier dadurch, daß es nur für die Zukunft wirkt, — die Gesellschaft also nach §§ 733 ff. auseinanderzusetzen, und insbesondere für die inzwischen geleisteten Dienste und Ueberlassung des Gebrauchs von Gegenständen keine Vergütung zu verlangen ist[26]).

II. Die Gesellschafter haben einander mangels besonderer Verabredung bei Erfüllung der ihnen obliegenden Verpflichtungen nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten[27]) einzustehen. § 708 BGB. — Im Uebrigen sind folgende regelmäßig vorkommende Verpflichtungen hervorzuheben:

1. Jeder Gesellschafter hat die vereinbarten Beiträge zu leisten. § 705 i. f. Dies sind besondere im Gesellschaftsvertrag hervorgehobene[28]) Leistungen. Sie können in der Uebertragung oder Gebrauchsüberlassung von Gegenständen, aber auch in Dienstleistungen bestehen. § 706 Abs. 2 und 3. Jeder Gesellschafter ist zur Leistung solcher Beiträge verpflichtet[29]). Doch brauchen sie nicht gleich hoch zu sein. Näheres über Art und Höhe bestimmt der Gesellschaftsvertrag[30]). Mangels besonderer

---

23) Oder sich mit der Konstatirung zu belasten, daß dem anderen Gesellschafter die Erfüllung seiner Vertragspflichten unmöglich geworden ist. Oder ihn nach § 283 BGB. erst rechtskräftig zur Vertragserfüllung verurtheilen zu lassen ꝛc.

24) Wegen Mangelhaftigkeit der in die Gesellschaft einzubringenden Sachen s. jedoch unten Note 36 ff.

25) Davon wird unten § 283 V Ziff. 2 noch besonders die Rede sein. Es geht über die im Text besprochenen Fälle weit hinaus.

26) Vgl. § 733 Abs. 2 i. f. im Gegensatz zu § 346 BGB. (Daß der Rücktritt vom Vertrage gegebenenfalls nur von allen übrigen Gesellschaftern erklärt werden kann, ist schon erwähnt.)

27) S. o. Bd. I § 109 zu Note 27 ff. Dies entspricht dem älteren Recht. S. schon l. 72 Dig. pro socio 17, 2; Preuß. A.L.R. I Tit. 17 §§ 211 ff.; § 1371 d. Sächs. GB.; Art. 94 des ehemal. HGB. — Für seine Gehülfen haftet der Leistende auch hier nach § 278 BGB. absolut.

28) Auch aus dem übrigen Inhalt des Gesellschaftsvertrags können sie sich mit Rücksicht auf die Umstände als nothwendig gewollt ergeben. Es entscheidet die Auslegung des ganzen Vertrages. — Die Beiträge können als einmalige oder als wiederkehrende Leistungen bestimmt sein.

29) Andernfalls läge keine Gesellschaft vor. Dies ist wohl unstreitig. Siehe auch Mot. Bd. 2 S. 594, 596; Prot. Bd. 2 S. 417.

30) Z. B. der Eine gibt das Gesellschaftslokal, der Andere die nöthigen Betriebsmittel, vor Allem Geld, aber auch andere Dinge. Der Dritte arbeitet damit in vorgeschriebener Weise ꝛc.

Bestimmung haben alle Gesellschafter gleiche Beiträge zu leisten. § 706 Abs. 1.

a) Das Einbringen von Gegenständen als Beitrag in die Gesellschaft kann geschehen zum gemeinschaftlichen Eigenthum aller Gesellschafter oder blos zur Benutzung für die Gesellschaftszwecke[31]). Das Einbringen zu Eigenthum von Sachen geschieht durch Vollzug des nothwendigen dinglichen Uebereignungsakts[32]), also durch Auflassung oder Uebergabe in den verschiedenen Formen[33]). Die Uebereignung ist hier (wie beim Kaufe) nur Erfüllung der aus dem Gesellschaftsvertrag entspringenden Pflicht[34]). Forderungsrechte und andere Rechte, die entsprechend als Beitrag geleistet werden sollen, sind nach den ihnen eigenen Grundsätzen abzutreten[35]).

Für Mängel im Rechte bei der Uebertragung und für faktische Mängel der eingebrachten Sachen haftet der einbringende Gesellschafter wie ein Verkäufer[36]). §§ 445, 493 BGB. Doch kann der Anspruch auf Wandelung[37]) von den anderen Gesellschaftern nur gemeinschaftlich erhoben werden. Bei Gattungssachen wird in erster Linie auf Lieferung einer mangelfreien Sache zu dringen sein[38]).

Im Gegensatze hierzu steht das Einbringen zur Benutzung. Hier hat der Einbringende die vertragsmäßige Zeit hindurch den anderen Gesellschaftern die Benutzung des Gegenstandes zu gewähren und dafür eventuell wie ein Vermiether einzustehen[39]).

α. Ist einfach das „Einbringen" verfügt, ohne nähere Bestimmung

---

31) Römisch sprach man vom Einbringen quoad sortem und quoad usum.

32) Einigung der Gesellschafter über die Eigenthumsübertragung an Alle, Besitzübertragung in diesem Sinne resp. Eintragung im Grundbuch auf den Namen sämmtlicher Gesellschafter. §§ 925, 929 BGB. S. dazu Gierke a. a. O. S. 23 Note 34a.

33) Also auch durch traditio brevi manu, Besitzkonstitut, Abtretung des Herausgabeanspruchs, §§ 929 BGB. S. o. §§ 217, 218, die entsprechenden Ausführungen beim Kaufe.

34) Vgl. § 433 Abs. 1 BGB. Doch kann die Gesellschaft auch spontan, bei gleichzeitiger Hingabe der Sachen von Seiten eines Gesellschafters geschlossen werden. Dann darf man den Akt (wie beim Realkauf) nicht zerreißen.

35) S. §§ 398 ff., 413 BGB. Und auf diese Art allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu machen.

36) Also nach den obigen Regeln §§ 219, 220 ff.

37) Aehnlich wie oben bei Note 21 der Rücktritt vom Vertrage.

38) Denn aus dem Wesen des Gesellschaftsvertrags folgt in erster Linie das Hinwirken auf den Gesellschaftszweck, dem regelmäßig nur durch Nachlieferung gedient wird. S. auch Knoke S. 51. — Auch dürfte der Umstand, daß einzelne Gesellschafter den Mangel gekannt haben, dem Anspruch nicht schaden.

39) S. auch Dernburg § 357 i. f. u. unten Note 43. — Uebrigens ist auch die Bestellung dinglicher Rechte an Sachen möglich, wo dann der Fall nach Art der Uebereignung zu behandeln ist.

ob zu Eigenthum oder nur zum Gebrauche, so ist im Zweifel anzunehmen, daß *vertretbare und verbrauchbare Sachen*[40]) zu Eigenthum einzubringen seien. Ebenso andere Sachen, wenn sie nach einer *Schätzung*[41]) beizutragen sind, die nicht blos für die Gewinnvertheilung bestimmt ist[42]). § 706 Abs. 2.

β. Die nur zur Benutzung eingebrachten Sachen stehen während der Gesellschaftszeit *auf Gefahr des Einbringenden* (als ihres Eigenthümers). Vgl. § 732[43]). Bei den zu Eigenthum einzubringenden geht die Gefahr im Augenblick der Ablieferung[44]) (des Eigenthumsübergangs) auf die Gesellschaft über[45]).

b) *Die Beiträge kann jeder Gesellschafter einfordern*[46]). Doch kann er nicht Leistung an sich selbst, sondern nur *an Alle d. h.* in das Gesellschaftsvermögen[47]) verlangen. Arg. § 432. Es handelt sich hier nicht um einen Anspruch aus der Geschäftsführung[48]) sondern um einen solchen aus dem Gesellschaftsvertrage, der also jedem Betheiligten zusteht. Dagegen können im Fall der *Nichtleistung* nicht sämmtliche daraus entfließenden *Konsequenzen* von jedem einzelnen Gesellschafter

---

40) Für *Rechte* fehlt eine entsprechende Auslegungsregel. — Diejenige für Sachen entspricht dem älteren Recht. S. z. B. l. 58 pr. Dig. pro socio 17, 2, Code Nap. Art. 1851, § 1366 Sächs. GB. u. Art. 91 des ehemal. HGB.

41) Aestimatio facit venditionem (aestimatio venditionis causa). Vgl. l. 10 § 5 Dig. de iure dot. 23, 3.

42) Aestimatio taxationis causa. Freilich entsteht hier die Thatfrage, ob *die Schätzung im einen oder anderen Sinne geschehen* sei. Für Entscheidung im letzteren Sinne spricht unter Umständen, daß die Gewinnvertheilung unter Berücksichtigung der Höhe der Einlagen erfolgen soll. Dies ist aber Ausnahme (s. u.). Auch aus der Wortfassung des § 706 Abs. 2 dürfte erhellen, daß die Gesellschafter die auf Grund einer Schätzung eingebrachten Sachen als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen dürfen, während dem Einbringenden der Gegenbeweis obliegt, daß die Schätzung nur für die Gewinnvertheilung erfolgt sei.

43) Daß der Einbringende, *welcher die Benutzung nicht weiter gewähren kann*, sich dafür einen Abzug an den aus der Gesellschaft für ihn entfließenden Gegenleistungen gefallen lassen muß, folgt aus dem oben bei Note 39 Gesagten.

44) Resp. des Eigenthumsübergangs. Nicht wie beim Kauf schon mit der Absendung.

45) Die Folge ist: der Einbringende hat seiner Beitragspflicht Genüge geleistet. Er braucht seine Beiträge nicht zu erhöhen (s. § 707 BGB. u. unten lit. o); also kann ihm auch wegen des zufälligen Untergangs *kein Abzug* an den ihm gebührenden Gesellschaftsleistungen gemacht werden. — Gehen die einzubringenden Sachen vor Uebergang der Gefahr auf die Gesellschaft unter, so ist der Beitrag nicht geleistet.

46) Soweit ihm nicht nach Ziff. I die Einrede des nicht erfüllten Vertrages u. s. w. entgegensteht.

47) Davon noch unten Ziff. III. — Handelt es sich nur um Dienstleistungen, so wird diese Unterscheidung nicht immer zu machen sein.

48) S. u. Ziff. 2. A. M. *Dernburg* § 858 zu Note 6.

gezogen werden. Dies folgt aus der Natur der betreffenden Rechte[49]).

c) Kein Gesellschafter ist zur Erhöhung der vereinbarten Beiträge verpflichtet, auch wenn der Gegenstand derselben durch Zufall untergegangen[50]) oder durch Verluste im Gesellschaftsbetrieb absorbirt ist[51]). § 707. Der Gesellschaftsvertrag lautet grundsätzlich auf begrenzte Einschüsse. Eine Erhöhungspflicht kann aber vorgesehen sein[52]). Und selbstverständlich bezieht sich die Begrenzung nur auf das Verhältniß unter den Gesellschaftern[53]) und nicht auf die Schuldendeckungspflicht bei Auflösung der Gesellschaft[54]). S. in letzterer Hinsicht §§ 735, 739 BGB.

Auch die freiwillige Erhöhung seines Beitrags ist keinem Gesellschafter ohne Zustimmung der übrigen gestattet[55]).

d) Ein engerer Begriff als die Beiträge sind die Einlagen des einzelnen Gesellschafters. Vgl. §§ 707, 733 ff. Dies sind die zum Betriebsfonds der Gesellschaft eingebrachten Vermögenswerthe[56]). Sie werden in manchen Beziehungen wie Gesellschaftsschulden behandelt[57]), z. B. häufig verzinst bevor es zu einer Gewinnvertheilung kommt[58]); jedenfalls auch bei Auflösung der Gesellschaft den Einlegern zunächst zurückerstattet, bevor das vorhandene Vermögen vertheilt wird (§ 733 Abs. 2), jedoch unter Ausschluß des Ersatzes bloßer Gebrauchsvortheile[59]). Soweit die Einlage nicht in Natur zurückzugeben ist, stellt sie einen

---

49) S. zum Theil schon oben Ziff. I. Zum Theil sind dies Geschäftsführungsakte!

50) Mag das Einbringen zu Eigenthum oder blos zum Gebrauche erfolgt sein. Trägt auch im letzteren Fall der Einbringende die Gefahr und hat die in Note 43 besprochenen Nachtheile zu gewärtigen: zu erneuern braucht er sein Einbringen doch nicht.

51) S. über Verluste noch unten Ziff. III.

52) § 707 BGB. ist keine zwingende Rechtsvorschrift. — Dieselbe galt ziemlich allgemein schon im älteren Recht.

53) Also nicht auf die Haftung gegenüber den Gläubigern. S. u. § 282.

54) S. u. §§ 284, 285.

55) Vorauszusetzen ist, daß er dies nicht in Schenkungsabsicht thut, oder daß nicht die anderen Gesellschafter ein solches Interesse an der Erhöhung haben, daß mangels Protestes ihre stillschweigende Zustimmung zu unterstellen ist (s. o. Bd. I § 86 Ziff. 3). Zustimmend Knoke S. 31 u. Cit. A. M. bes. Oertmann § 707 Note 3, der freilich die Begründung der Motive mit Recht zurückweist.

56) Sachen und Rechte aller Art, auch das Benutzungsrecht von Sachen, wie aus § 733 Abs. 2 BGB. erhellt.

57) Selbstverständlich nach Vollzug des Einbringens.

58) S. § 121 HGB. Im allgemeinen bürgerlichen Recht bedarf es dazu einer besonderen Vertragsklausel.

59) Gebrauch und Dienstleistungen gelten als à fonds perdu gewährt. § 733 Abs. 2. — Damit kommen wir zum Begriff von Einlagen im engsten Sinne.

rechnerischen Antheil des Einzelnen an dem Gesellschaftsvermögen dar, der steigen und sinken kann. S. § 707[60]).

2. Die Erreichung des Gesellschaftszwecks (§ 705 BGB.) macht eine fortlaufende Thätigkeit in Sachen der Gesellschaft erforderlich: die sog. Geschäftsführung.

Dieselbe kann thatsächliche Besorgungen[61]) und den Abschluß von Rechtsgeschäften[62]) umfassen, — einschließlich der dazu erforderlichen Vertretung[63]) der übrigen Gesellschafter gegenüber Dritten[64]). §§ 709 ff., 714. Wer im Gesellschaftsvertrag mit der Geschäftsführung betraut ist, hat im Zweifel auch die Ermächtigung zur Vertretung der Gesellschafter nach Außen. Auf Aenderungen des Gesellschaftsvertrags bezw. der unmittelbar darauf beruhenden Rechte und Pflichten erstreckt sich die Geschäftsführung nicht[65]).

a) Die Führung der Geschäfte steht, falls im Gesellschaftsvertrage nicht ein Anderes bestimmt ist, allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu[66]). Jedes Geschäft bedarf also der Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter[67]). § 709 Abs. 1. Andernfalls geht es nicht auf Rechnung der übrigen[68]). Doch darf kein Gesellschafter seine Zustimmung willkürlich verweigern. Würde dadurch die Erreichung des Geschäftszweckes beeinträchtigt, so wäre die Verweigerung pflichtwidrig[69]). Die anderen Gesellschafter können dann auf Ertheilung der Zustimmung

---

60) Durch Geschäftsgewinn und Verluste. S. auch § 120 HGB.

61) Arbeiten aller Art — auch Buch- und Rechnungsführung. Vgl. Knoke a. a. O. S. 55 ff.

62) Auf den Namen oder blos auf Rechnung der übrigen Gesellschafter. Z. B. An- und Verkauf von Gegenständen u. s. w. — Geschäftsabschlüsse und deren Erfüllung.

63) Falls die Handelnden das Geschäft nicht auf den eigenen Namen nehmen. S. o. vor Ziff. I.

64) Der Vertreter ist gewillkürter, nicht gesetzlicher Vertreter. Cosack § 276 Ziff. V, Hellwig, Anspruch u. Klagrecht S. 199 Note 8 u. Cit.; Planck vor § 705 II Ziff. 2.

65) Ueber diese Dinge kann nur ein neuer Vertrag geschlossen werden, welcher die Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter voraussetzt. Dies gilt z. B. für Erhöhung der vertragsmäßigen Beiträge (über den Rahmen von Note 55 hinaus), für den willkürlichen Wechsel von Mitgliedern, Beschluß der Auflösung der Gesellschaft u. s. w.

66) Abweichend vom Handelsrecht (s. § 115 HGB.), wo regelmäßig ein schneidigeres Eingreifen erforderlich ist.

67) Die Zustimmung kann aber auch nachträglich ertheilt werden, was namentlich für dringliche Geschäfte von Bedeutung ist.

68) Abgesehen von deren eventueller Verpflichtung aus ungerechtfertigter Bereicherung. — Im Uebrigen haftet ihnen der Handelnde wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag. S. o. §§ 254 ff.

69) Der Gesellschafter hat sich zur Förderung des Gesellschaftszwecks verpflichtet (§ 705), also auch zu der Einwilligung in die dazu dienlichen Geschäfte.

klagen[70]), und ersetzt das rechtskräftige Urtheil die Zustimmung[71]). § 894 CPO. Uebrigens kann die Einwilligung auch indirekt erklärt werden[72]), z. B. vollgültig darin liegen, daß einzelne Gesellschafter wissentlich und ohne Widerspruch die anderen handeln lassen oder gar bei dem Geschäftsabschluß zugegen sind.

Nicht selten weist der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung den sämmtlichen Gesellschaftern in der Art zu, daß unter ihnen *Stimmenmehrheit entscheiden soll*. Dann können die Ueberstimmten gegen die Vornahme der von der Mehrzahl beschlossenen Geschäfte nichts einwenden, sofern sie gehört wurden und die Abstimmung ordnungsmäßig stattfand[73]). Die Mehrheit bestimmt sich im Zweifel nach Köpfen. § 709 Abs. 2.

Die Geschäftsführung kann von den dazu Berechtigten persönlich, oder auch durch einen *Verwalter* ausgeübt werden. Dieser kann ein Gesellschafter oder ein Dritter sein, welcher einstimmig oder durch Mehrheitsbeschluß[74]) damit betraut wird. Hierfür gelten die Regeln des Auftrags oder der Lohnverträge[75]), und die Uebertragung ist nach deren Regeln auch wieder entziehbar[76]). Was der Verwalter im Rahmen seiner Bestellung gethan hat, ist als von den geschäftsführenden Gesellschaftern geschehen anzusehen[77]).

b) Verschieden davon ist es, wenn im *Gesellschaftsvertrag* die *Führung der Geschäfte einem oder mehreren Gesellschaftern übertragen wird*. Dies ist kein Auftrag, der jederzeit wieder zurückgenommen werden kann[78]), sondern ein *Inzidentpunkt des Gesellschaftsvertrages*, daher geradeso *unwiderruflich wie dieser*. Doch werden darauf, solange das Verhältniß besteht, die Regeln der beauf-

70) In anderen Fällen kann der Widersprechende nicht zur Zustimmung gezwungen, — im Fall der Chikane nur Schadensersatz verlangt, und bei dauernder Renitenz die Gesellschaft gekündigt werden. § 723 BGB.

71) Oertmann § 709 Note 3, Knoke S. 57, Dernburg § 358 zu Note 8.

72) S. o. Bd. I § 86.

73) Wie beides zu geschehen hat, ist Thatfrage. Es richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrage resp. nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte. Anhörung und Abstimmung braucht nicht stets in einer besonders anberaumten Versammlung der Gesellschafter zu geschehen. — Bei Ordnungswidrigkeit braucht die Minorität die geschlossenen Geschäfte nicht als für sie verbindlich anzuerkennen.

74) Je nachdem die Geschäftsführung in der einen oder anderen Weise zu erfolgen hat.

75) Der entgeltlichen oder unentgeltlichen Geschäftsbesorgung!

76) Also insbesondere nach den Regeln oben §§ 252, 253, 260.

77) D. h. die anderen Gesellschafter müssen es als Akt der Geschäftsführung gelten lassen.

78) § 671 Abs. 1 BGB. u. oben § 253.

tragten Geschäftsführung im Allgemeinen zur Anwendung gebracht[79]). § 713. Anders nur, soweit sich aus dem Wesen des Gesellschaftsverhältnisses ein Anderes ergibt. So haftet auch der geschäftsführende Gesellschafter regelmäßig nur für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten[80]), Rechnungslegung und Ersatz der Auslagen findet erst zu den gesellschaftlich bestimmten Zeiten statt[81]). Vorschüsse sind aus der Gesellschaftskasse zu leisten; in sie resp. in das Gesellschaftsvermögen ist das Empfangene abzuführen. Eine Vergütung für die Thätigkeit des geschäftsführenden Socius kann im Gesellschaftsvertrage vorgesehen sein ꝛc.[82]). — Die in dieser Weise übertragene Geschäftsführung endigt mit der Gesellschaft selbst; abgesehen davon kann sie dem damit betrauten Gesellschafter aus „wichtigen Gründen" wieder entzogen werden[84]). Doch bedarf es dazu eines einstimmigen Beschlusses oder, falls nach dem Gesellschaftsvertrag Mehrheit der Stimmen entscheidet, eines Mehrheitsbeschlusses der übrigen Gesellschafter[85]). § 712 Abs. 1. Dies gilt entsprechend auch für die im Gesellschaftsvertrag[86]) einem Gesellschafter ertheilte Vertretungsmacht gegenüber Dritten. § 715. War die Vertretungsmacht zusammen mit der Befugniß zur Geschäftsführung ertheilt, so kann sie überhaupt nur mit letzterer zugleich wieder entzogen werden[87]). Auf das Entziehungsrecht aus „wichtigen Gründen" kann im Gesellschaftsvertrage nicht verzichtet werden[88]). — Anderseits kann auch der mit der Geschäftsführung betraute Gesellschafter aus wichtigem Grunde kündigen, und zwar im Wesentlichen wie ein Beauftragter[89]). § 712 Abs. 2.

---

79) Vgl. über die betreffenden Rechte und Pflichten oben § 252 Ziff. III, § 253 I Ziff. 2.

80) S. § 708 u. oben zu Note 27.

81) § 721 BGB. u. unten Ziff. III.

83) Selbstverständlich ist der Handelnde sämmtlichen Gesellschaftern (der Gesellschaft) gegenüber aus seiner Thätigkeit berechtigt und verpflichtet.

84) Es gelten die allgemeinen Regeln über die wichtigen Gründe, siehe z. B. oben § 253 Note 47. Ein wichtiger Grund ist nach § 712 Abs. 1 BGB. besonders grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung. Ist der Beschluß sachlich unbegründet, so ist er wirkungslos. Im Streitfall entscheidet das Gericht.

85) Führt der Abgesetzte die Geschäfte weiter, so ist dies für die anderen Gesellschafter nicht bindend und kann gerichtlich inhibirt werden. S. Entsch. d. RG. Bd. 22 S. 170.

86) Andernfalls bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen, d. i. hier § 168 BGB. S. o. Bd. I § 104.

87) Dagegen erlischt die aus der bloßen Uebertragung der Geschäftsführung im Zweifel folgende Vertretungsmacht (§ 714) von selbst mit der Entziehung dieser ihrer Grundlage.

88) Vgl. auch bei Vereinen oben Bd. I § 51 zu Note 17.

89) Dies läßt sich nicht umgehen, z. B. wenn er alt oder krank wird ꝛc.

α. Ist die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern übertragen, so steht sie ihnen mangels besonderer Bestimmung gemeinschaftlich zu. Für die Geschäftsführer gelten keine anderen Regeln wie für sämmtliche Gesellschafter, wenn diesen die Geschäftsführung zusteht[90]). Es kann aber auch sein, daß die Geschäftsführung nach Mehrheitsbeschlüssen erfolgen soll[91]). § 710. Oder so, daß jeder allein handeln kann[92]). Daß die geschäftsführenden Gesellschafter sich nach diesem Prinzip auch einen besonderen Verwalter bestellen können, ist schon erwähnt[93]).

β. Durch die Uebertragung der Geschäftsführung an einzelne Gesellschafter sind die anderen von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Sie behalten aber das Recht, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten[94]), die Geschäftsbücher und Papiere der Gesellschaft einzusehen und sich aus ihnen eine Uebersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzufertigen[95]). Ein vertraglicher Ausschluß oder eine Beschränkung dieses Rechts steht der Geltendmachung desselben nicht entgegen, wenn Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung vorliegt[96]). §§ 710, 716.

c) Schließlich kann der Gesellschaftsvertrag die Führung der Geschäfte allen oder den besonderen geschäftsführenden Gesellschaftern in der Art übertragen, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist[97]). In diesem Fall kann jeder der zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafter ohne Zustimmung der anderen mit Wirkung

Die Vorschriften § 671 Abs. 2 u. 3 BGB. insbesondere über Kündigung zur Unzeit finden Anwendung. S. o. § 253 I Ziff. 3 b.

90) Also es kommt für sie § 709 Abs. 1 und das dazu oben Note 66 ff. Bemerkte zur Anwendung.

91) Also im Zweifel nach Köpfen. § 709 Abs. 2 BGB. S. dazu oben Note 73.

92) Vgl. unten lit. c.

93) S. o. bei Note 74 ff.

94) Nicht auch durch andere Personen (außer einem gesetzlichen Vertreter). Also nicht durch gewillkürte Vertreter, Cessionare, Untergesellschafter ꝛc. Der Ehemann, soweit derselbe die Verwaltung des Frauenguts hat, wird nur aus wichtigen Gründen zurückgewiesen werden können. Ist man doch ziemlich einig, daß der Gesellschafter bei hinlänglichem Interesse auch einen bloßen Sachverständigen zuziehen kann. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 7 S. 71, Bd. 23 S. 120 u. d. RG. Bd. 25 S. 88. Dernburg § 358 Ziff. VI.

95) Anders wäre eine Grundlage über die Beschlußfassung wegen Entziehung der Geschäftsführung (s. o.) kaum zu gewinnen.

96) Ueber das Vorliegen eines hinreichenden Grundes entscheidet im Nothfall das Gericht nach freiem Ermessen.

97) Sog. solidarische Ermächtigung, im Gegensatz zur kollektiven. — Etwaige von der Geschäftsführung ausgeschlossene Mitglieder sind auch in diesem Fall nach lit. β zu beurtheilen. Im Uebrigen gilt das Folgende. — Dies ist die gewöhnliche gesetzliche Regelung bei Handelsgesellschaften. § 115 Abs. 1 HGB.

für alle handeln, — nur nicht gegen den Widerspruch eines anderen Berechtigten. Zu solchem Widerspruch ist jeder geschäftsführende Gesellschafter befugt[98]). Doch kann ein nach Vornahme der Handlung erhobener Widerspruch deren Wirkung für die anderen Gesellschafter nicht mehr in Frage stellen. § 711.

III. Durch die Einlagen und die Erfolge der Geschäftsführung entsteht ein Gesellschaftsvermögen, an dem sämmtliche Gesellschafter betheiligt sind, und zwar nach den Grundsätzen der gesammten Hand[99]). Zum Gesellschaftsvermögen gehören auch die Surrogate der ursprünglichen Gesellschaftseinlagen nach dem Grundsatz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei[100]). § 718 BGB. Alle Vortheile, die der einzelne Gesellschafter bei der Geschäftsführung gemacht hat, sind in die Gesellschaftskasse abzuliefern[101]), umgekehrt sind ihm die ersatzfähigen Auslagen[102]) aus dem Gesellschaftsvermögen zu erstatten. Dies gilt besonders für den Fall, daß ein Gesellschafter ordnungsmäßig Gesellschaftsschulden[103]) aus eigenen Mitteln bezahlt hat[104]).

98) Nach dem Satze: melior est prohibentis condicio. Es wird genügen, daß die Handlung noch nicht vollendet, das etwaige Rechtsgeschäft noch nicht abgeschlossen ist. Mißverständlich reden Manche davon, daß es noch nicht „vollzogen" oder „ausgeführt" sein dürfe. Die Erfüllung ist gleichgültig.

99) S. o. § 280 Ziff. 2. Insbesondere kann kein Gesellschafter während Bestehens der Gesellschaft Theilung dieses Vermögens verlangen oder seinen Antheil daran veräußern. § 719 BGB.

100) S. Bd. I § 31 Ziff. 3, sowie hier oben § 144 Ziff. II. Die Wendung des § 718 Abs. 2 für die Surrogation ist eine typisch wiederkehrende des Gesetzes. In das Gesellschaftsvermögen tritt: a) was auf Grund eines dazu gehörenden Rechts erworben wird z. B. Zuwachs, Früchte, Zinsen, sonstige Nutzungen und Leistung Dritter auf vorhandene Vermögensrechte der Gesellschaft; b) was als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstands erworben wird, also auf Grund von Ansprüchen auf Schadensersatz, Restitution, Vertragsstrafen, Versicherung ꝛc.

101) Vgl. §§ 667 ff., 713 BGB. u. oben nach Note 81. Wegen Schadensersatzes an die Gesellschaft s. schon Note 19.

102) S. §§ 670, 713 BGB. u. oben § 252 III Ziff. 2.

103) D. h. Schulden, welche die sämmtlichen Gesellschafter angehen. S. u. § 282 Ziff. II.

104) Zweifelhaft ist, ob wenn das Gesellschaftsvermögen zur Erstattung dieser Auslagen unzureichend wird, der betreffende Gesellschafter sofort mit seiner Erstattungsforderung gegen die übrigen Gesellschafter vorgehen kann oder ob er damit bis zur Auflösung der Gesellschaft warten muß. Letzteres ist richtig. Während Bestehens der Gesellschaft ist kein Socius zur Erhöhung seiner vertragsmäßigen Beiträge verpflichtet (§ 707 BGB. u. oben I Ziff. 1 o). Auch ist nach § 110 HGB. während Bestehens der Gesellschaft für die Aufwendungen nur die „Gesellschaft" erstattungspflichtig. Wenn Cosack § 277 Ziff. IV i. f. unseren Satz für die Handelsgesellschaft zugibt, für die allgemeine bürgerliche Gesellschaft aber bestreitet, so erklärt er damit die erstere für laxer als die letztere, während doch überall das Umgekehrte der Fall ist. Die Frage ist gleichmäßig zu entscheiden. Für die sofortige Erstattungspflicht der übrigen Gesellschafter scheint freilich die Billigkeit und § 426 BGB. zu sprechen, wonach

1. Wenn das Gesellschaftsvermögen sich gegenüber den ursprünglichen Einlagen vermehrt, so spricht man von Gewinn, — wenn es sich vermindert, von Verlust der Gesellschaft. Ein Rechnungsabschluß darüber und die Vertheilung des Gewinnes oder Verlustes kann aber während des Bestehens der Gesellschaft regelmäßig sowenig verlangt werden, wie der einzelne Gesellschafter überhaupt über seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen verfügen kann[105]). Vielmehr findet Abrechnung und Vertheilung grundsätzlich erst nach Auflösung der Gesellschaft statt[106]). Nur bei Gesellschaften von längerer Dauer[107]) hat, dem Verkehrsgebrauch entsprechend, der Rechnungsabschluß und die Gewinnvertheilung[108]) im Zweifel am Schlusse eines jeden Geschäftsjahrs zu erfolgen[109]). § 721. Abweichende, insbesondere die Rechnungs- und Vertheilungsperioden anders bestimmende Veredungen sind zulässig[110]).

a) Ebenso kann der Gesellschaftsvertrag über die Höhe der Betheiligung der Einzelnen an Gewinn und Verlust bestimmen. Das Maß der Betheiligung braucht keineswegs ein gleiches zu sein[111]). Ebenso kann der Gesellschaftsvertrag die Bestimmung im Einzelfalle einem Gesellschafter oder einem Dritten zuweisen[112]).

b) Mangels besonderer Festsetzung sind die Antheile im Allgemeinen gleich; — sie bemessen sich also nicht etwa nach der Höhe der Einlagen, noch sind für die letzteren zunächst Zinsen gutzuschreiben[113]).

---

die Gesellschaftsschuld inter socios getheilt ist. Aber kann dies gegenüber dem Gesellschaftsvertrage aufkommen, der laut § 707 die einstweilige Einziehung der Rate verbietet? Und bestimmt nicht auch § 721 ausdrücklich, daß Verlustvertheilung erst nach Auflösung der Gesellschaft, nur Gewinnvertheilung unter Umständen schon früher stattfinden kann?! Endlich liegt auch die Auflösung der Gesellschaft in längeren Insuffizienzfällen so nahe, daß die Billigkeit kaum wesentlich zu kurz kommt. Wie Cosack auch Dernburg § 358 II Ziff. 2. Dagegen Planck § 714 Note 2, Knoke S. 36ff.

105) S. o. Note 99 u. Cit.

106) Vgl. l. 30 Dig. pro socio 17, 2; Preuß. A.L.R. I Tit. 17 § 261; Sächs. GB. § 1387. — Knoke a. a. O. S. 51ff.

107) Ueber mehrere „Geschäftsjahre" hinaus.

108) Keine Verlustvertheilung d. h. reelle Deckung der Verluste durch die einzelnen Gesellschafter. Arg. § 707.

109) Entsprechend dem Art. 107 des älteren HGB.

110) Auch kann jede Gewinnvertheilung bis zur Beendigung der Gesellschaft ausgeschlossen werden.

111) Eine Schranke liegt nur in dem oben § 280 Note 39 Gesagten. — Sehr häufig wird z. B. ein Gesellschafter vom Antheil am Verluste befreit, z. B. ein kapitalarmer technischer Socius. (Selbstverständlich gilt dies nur für das Verhältniß unter den Gesellschaftern.)

112) §§ 315, 317 BGB. und die obigen Ausführungen § 146 finden Anwendung.

113) Die kapitalistische Tendenz der Gesellschaft im Preuß. A.L.R. I Tit. 17

Auch sind Gewinn und Verlust im Zweifel nach gleichem Maßstab zu vertheilen. § 722.

2. Auf seinen künftigen Auseinandersetzungsantheil kann jeder Gesellschafter schon während Bestehens der Gesellschaft verfügen. Dies ist mit dem Prinzip des § 719 vereinbar[114]). Freilich ist das Vertragsobjekt von unbestimmtem Werthe: es handelt sich um das, was dem Gesellschafter bei der dereinstigen Auflösung der Gesellschaft aus deren Vermögen zukommt[115]). — Selbstverständlich sind auch die einzelnen präsenten Ansprüche eines Gesellschafters auf einen zur Vertheilung gelangenden Gewinn oder den Ersatz bestimmter Auslagen[116]) veräußerlich. § 717 Satz 2.

IV. Dagegen sind die wechselseitigen Ansprüche der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnisse nicht übertragbar[117]). § 717 Satz 1. Z. B. nicht der Anspruch der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Socien gegen die geschäftsführenden auf Herausgabe des in Ausführung dieser Thätigkeit Empfangenen, die Ansprüche auf Beitragsleistung, Einsichtnahme der Geschäftsbücher und Rechnungslegung.

Gleichgültig sind dabei Form und Umfang der Uebertragung, ob sie eine direkte oder indirekte ist. Wie kein Gesellschafter seine Rechtsstellung als solche einem Dritten abtreten, also diesen an seiner Statt in die Gesellschaft aufnehmen kann, so darf er seine Stellung auch nicht mit einem Dritten theilen. Vereinigt er sich auf seinen Gesellschaftsantheil mit einem Dritten, so bleibt der Dritte den anderen Gesellschaftern fremd — hat wider sie weder Rechte noch Pflichten. Aus einer solchen Untergesellschaft folgt nur, daß der betreffende

---

§§ 244, 251 ff., Code Nap. Art. 1853 u. Art. 106 des ehemal. HGB., wonach die Kapitaleinlagen einen so großen Vorsprung hatten, ist damit beseitigt. Unser Gesetz ist zum röm. Recht (vgl. l. 29 pr. Dig. pro socio 17, 2) zurückgekehrt. — Theilweise anders § 121 HGB. für Handelsgesellschaften.

114) S. o. Note 99 u. Cit. Kann doch, wie dort gezeigt, der Auseinandersetzungsantheil nach § 725 BGB. sogar von den Privatgläubigern eines Gesellschafters gepfändet und durch Kündigung der Gesellschaft zur Auslösung gebracht werden.

115) Der Verkauf eines solchen Antheils ist ein aleatorisches Geschäft. Auf die Realisirung des Antheils kann der Erwerber keinen Einfluß ausüben. S. u. Ziff. IV.

116) Unter Beachtung des oben Note 104 Gesagten.

117) Also die eigentliche actio pro socio. Sie ist incessibel im Sinne des § 399 BGB. und folglich auch unpfändbar. § 851 CPO. Pfändbar ist nur der Auseinandersetzungsantheil (oben Note 114) und die präsenten Rechte des Einzelnen auf Ersatz aus seiner Geschäftsführung und aus einer Gewinnvertheilung. Vgl. Knoke S. 37 ff.

Gesellschafter seinen Gewinn und Verlust aus der Hauptgesellschaft mit seinem Untergesellschafter zu theilen hat[118]).

§ 282.

C. Verhältniß der Gesellschafter zu Dritten.

Nach Außen hin kann die Gesellschaft, da sie der Rechtsfähigkeit entbehrt, nicht als selbständiges Wesen auftreten. Nicht sie, sondern die einzelnen Gesellschafter sind also die Berechtigten und Verpflichteten. Dabei ergibt sich eine Doppelbeziehung, insofern die Gesellschaft den Rechts- und Pflichtenkreis des einzelnen Gesellschafters nicht erschöpft[1]). Letzterer wird also in Gesellschaftsangelegenheiten, und daneben auch in seinen privaten Angelegenheiten berechtigt und verpflichtet[2]). Mit Bezug hierauf kollidirt bei Jedem das Interesse seiner Gesellschafts- und persönlichen Gläubiger oder Schuldner.

I. Hinsichtlich der Aktiven bestehen hier keine besonderen Schwierigkeiten[3]). Die Aktiven der Gesellschaft sind die gemeinschaftlichen Rechte der Gesellschafter (Eigenthum und sonstige Rechte), an denen dieselben nach den Grundsätzen der gesammten Hand betheiligt sind[4]). Eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen[5]) würde der Parteiabsicht (dem Hinstreben nach dem gemeinschaftlichen Gesellschaftszwecke) nicht genügen. Das Vermögen muß (unabhängig von willkürlicher Sinnesänderung des Einzelnen) in den Vertragszweck gebunden[6]), gegen Kontraktbruch sichergestellt sein. § 719 BGB. Die Gemeinschaftsform der gesammten Hand beraubt den einzelnen Gesellschafter der rechtlichen Möglichkeit,

---

118) S. schon l. 19—23 Dig. pro socio 17, 2.

1) S. o. § 280 zu Note 35 ff. über das Verbot eines Gesellschaftsabschlusses über das gesammte gegenwärtige und zukünftige Vermögen.

2) Sofern nicht die Gesellschaft eine sog. Innengesellschaft ist. Dann tritt sie nach Außen gar nicht hervor (s. o. § 281 zu Anfang). Die Handelnden sind im Verhältniß zu Dritten die allein Berechtigten und Verpflichteten; daß sie auch für Rechnung ihrer Mitgesellschafter handelten, geht die dritte Partei nichts an.

3) Wohl aber hinsichtlich der Passiven. S. u. Ziff. II.

4) S. o. § 280 Ziff. 2, Bd. I § 29 gegen Ende.

5) S. u. § 286.

6) Es steht auch nichts entgegen, daß Dritte der „Gesellschaft", also den sämmtlichen Gesellschaftern etwas freigebig zuwenden mit der Bestimmung, daß das Zugewendete in das Gesellschaftsvermögen fallen soll. Was ohne Freigebigkeit durch die gesellschaftliche Geschäftsführung (s. o. § 281 Note 61 ff.) erworben wird, gehört ebenfalls zu diesem Vermögen.

über seinen Antheil an der Gesellschaft im Ganzen[7]) oder den dazu gehörigen Vermögensstücken zu verfügen[8]). Bruchtheile als selbständige Werthe[9]) existiren nicht: das Miteigenthum des einzelnen Gesellschafters an den Gesellschaftssachen ist kein Miteigenthum nach Bruchtheilen[10]); Gesellschaftsforderungen kann der einzelne Gesellschafter nicht willkürlich für sich eintreiben[11]). Der Schuldner darf ihm einwenden, daß die Forderung zum Gesellschaftsvermögen (also untrennbar auch den anderen Gesellschaftern) gehöre[12]). Leistung wird arg. § 432 BGB. daher nur in einer Form verlangt werden können, die allen Gesellschaftern zu Gute kommt[13]). Der Schuldner, der anders leistete, würde unrichtig leisten, daher eventuell zu nochmaliger Zahlung an die übrigen verbunden sein[14]). Gleiches gilt bei anderen Verfügungen über die Forderung. Auch eine Aufrechnung des Gesellschaftsschuldners mit einer Forderung, die er gegen einen einzelnen Gesellschafter hat[15]), ist daher unzulässig. § 719 Abs. 2. Denn die Subjekte der beiden Forderungen[16]) sind verschieden: bei der Gesellschaftsforderung sind die sämmtlichen Gesellschafter die Gläubiger, bei der aufzurechnenden Forderung ist Schuldner nur der einzelne Gesellschafter. Ebensowenig steht in solchem Falle dem Gesellschafter die Aufrechnung zu[17]).

Alle diese Umstände machen Vorschriften erforderlich zum Schutz

---

7) S. auch oben § 281 i. f. Der Antheil kann auch nicht durch willkürliches Theilungsbegehren (wie in § 749 BGB.) zur Auslösung gebracht werden. § 719 Abs. 1.

8) S. o. Bd. I § 74 Note 16.

9) Wie in § 741 BGB.

10) Wie in § 1008 BGB. — Gegen Dritte kann aber Jeder Eigenthum und Besitz vertheidigen. Dies folgt a fortiori aus § 1011 BGB. und der Besitzlehre.

11) Weder im Ganzen noch zu einem seinem „Gesellschaftsantheil" entsprechenden Theilbetrage.

12) S. o. § 139 zu Note 25.

13) Gilt doch nach § 1011 BGB. auch für den Eigenthumsanspruch das Gleiche.

14) S. o. § 182.

15) Mit einer sog. Privatforderung wider einen einzelnen Gesellschafter.

16) S. o. § 192 Ziff. 4.

17) Wegen der mangelnden Personenidentität und weil er damit über die Gesellschaftsforderung verfügen würde. — Dagegen kann er eine ihm persönlich zustehende Forderung gegen eine sog. Gesellschaftsschuld (wo alle Gesellschafter die Schuldner sind) aufrechnen, da er die Gesellschaftsschuld auch einfach bezahlen kann. (Wegen des Regresses gegen die übrigen Gesellschafter s. schon oben § 281 bei Note 104.) Ebenso kann der Gesellschaftsgläubiger sich durch Aufrechnung gegen die Privatforderung eines einzelnen Gesellschafters befriedigen. S. hierzu noch unten Ziff. II über Gesellschaftsschulden. — In keinem Falle kann ein Gesellschafter mit der Privatforderung eines anderen Gesellschafters, oder die Gesellschaft als solche mit einer solchen Privatforderung aufrechnen. S. noch Knoke S. 88.

gutgläubiger Dritter, die zum Gesellschaftsvermögen gehörige Gegenstände erworben, oder auf dazu gehörige Rechte geleistet haben u. dgl. Beim Erwerb von Gesellschaftssachen[18]) liegt der Schutz in den gewöhnlichen Vorschriften; bei Gesellschaftsforderungen (deren Erwerb, Tilgung durch Erfüllung, Aufrechnung ꝛc.) besteht die Schutzvorschrift des § 720. Danach wird eine Gesellschaftsforderung, die nicht als solche entstanden, also erst auf Grund einer Beitragsleistung in das Gesellschaftsvermögen gekommen ist, wie eine an einen anderen Gläubiger abgetretene behandelt. Die Zugehörigkeit der Forderung zum Gesellschaftsvermögen wirkt daher gegen den Schuldner im Allgemeinen erst von dem Augenblicke, da er von dem Einbringen in das Gesellschaftsvermögen erfährt[19]).

II. In Ansehung der Passiven entscheidet sich die Frage, ob eine Schuld dem Gesellschaftsvermögen zur Last fällt[20]), in erster Linie nach der Art ihrer Begründung, unter Berücksichtigung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugniß der einzelnen Gesellschafter[21]). §§ 709 ff., 714 ff. BGB. Was die zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft befugten Personen im Bereiche ihrer Befugniß gethan haben, müssen die anderen anerkennen. Diese werden im Zweifel durch jeden berechtigten Geschäftsführungsakt auch Dritten gegenüber verpflichtet. § 714[22]). Dasselbe gilt, wenn die Gesellschafter durch einen ordnungsmäßig bevollmächtigten Vertreter handeln[23]) oder wenn sie sich alle persönlich verpflichten[24]).

---

18) Wer sie von einem zu ihrer Veräußerung nicht Befugten erwarb, genießt denselben Schutz wie derjenige, welcher sonst Rechte von einem Nichtberechtigten ableitet. S. o. Bd. I § 71 Note 13.

19) Die Vorschriften der §§ 406—408 BGB. finden Anwendung. S. o. §§ 199, 200. Also die Gesellschafter müssen es gegen sich gelten lassen, wenn der gutgläubige Schuldner dem einzelnen Gesellschafter als ehemaligem Gläubiger leistet ꝛc. oder wenn er einem Dritten leistet, der ihm als Cessionar ausgegeben worden ist (§§ 407, 408). Bei Aufrechnung des Schuldners der Gesellschaftsforderung mit einer ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehenden Forderung kommt es darauf an, ob der Schuldner beim Erwerb der Privatforderung von der Gesellschaftszugehörigkeit der Gegenforderung Kenntniß hatte oder ob seine Forderung erst nach Erlangung dieser Kenntniß und später als die Gesellschaftsforderung fällig wurde. Andernfalls ist die Aufrechnung gültig.

20) Also aus ihm beigetrieben werden kann. — In diesem Sinne kann man von Gesellschaftsschulden reden, ähnlich wie man auch von Gesammtgutsverbindlichkeiten (der ehelichen Gütergemeinschaft) und Nachlaßverbindlichkeiten spricht. Vgl. §§ 1459, 1975 BGB. und schon oben § 139 Note 23 ff.

21) S. o. § 281 II Ziff. 2.

22) Vgl. o. § 281 Note 63 ff. Nach den Grundsätzen der Stellvertretung.

23) S. o. a. a. O. — Anders wenn ein geschäftsführender Socius oder bevollmächtigter Vertreter seine Vertretungsmacht überschreitet. Hier werden wie stets (s. Bd. I § 106) die Gesellschafter mangels Genehmigung aus dem Ge-

1. In allen diesen Fällen ist die Haftung der verpflichteten Gesellschafter gegenüber Dritten eine unbeschränkte. Sie richtet sich schlechthin nach der Natur des betreffenden Schuldverhältnisses. Der Gesellschaftsvertrag (als Grundlage der Vertretungsmacht des Handelnden für die nichthandelnden Gesellschafter) bewirkt nur, daß Alle haften. Eine die Haftung modifizirende Kraft hat er im Uebrigen regelmäßig nicht[25]). Es besteht keine Gesetzesvorschrift, welche den Gläubiger nöthigt, zuerst das Gesellschaftsvermögen anzugreifen, oder welche ihm auferlegt, die Schuld von sämmtlichen Gesellschaftern zusammen beizutreiben[26]). Es ist daher auch kein Bedürfniß, in dieser Hinsicht nach dem Titel der Schuld zu unterscheiden, ob sie zur Förderung des Gesellschaftszwecks begründet ist, oder ob die Gesellschafter zufällig alle dem Gläubiger haften[27]).

Es ergibt sich

a) Die Gesellschafter haften dem Gläubiger mit ihrem ganzen Vermögen, ohne Unterschied, ob Theile desselben sich in der Gesellschaft befinden. Die Schuld fällt dem Gesellschaftsvermögen zur Last, wenn der Gläubiger es angreift[28]); sie wird aus dem übrigen Vermögen des Gesellschafters befriedigt, wenn der Gläubiger sich (z. B. weil das Gesellschaftsvermögen unzureichend ist) daran hält[29]). Voraus-

---

schäfte nicht verpflichtet. Der oder die Handelnden haften dem Dritten persönlich. Ebenso wenn die Gesellschaft nur eine Innengesellschaft ist resp. die Handelnden lediglich in eigenem Namen auftraten. S. § 281 Note 2.

24) Denn auch hier haften sie regelmäßig mit ihrem ganzen Vermögen, wozu das Gesellschaftsvermögen (wenn auch als eigenthümliche Gesammtmasse) gehört.

25) Daher läßt das Gesetz auch keine verschiedene Behandlung eintreten, wenn die sämmtlichen Gesellschafter dem Gläubiger als solche (aus einer sich auf das Gemeinschaftsverhältniß gründenden Forderung), oder als Einzelne (aus einem anderen Grunde) aber sämmtlich haften. S. § 736 CPO. und weiter unten.

26) Wie dies z. B. gegen Miterben der Fall ist (s. § 2059 BGB.) oder wie es bei der Gesellschaft des preuß. Rechts der Fall war. — Auf Grund der §§ 427, 431 BGB. haften die Gesellschafter dem dritten Gläubiger regelmäßig als Gesammtschuldner. S. o. § 207. Dagegen aus ungerechtfertigter Bereicherung sind sie gesetzlich pro rata verpflichtet (s. o. § 206).

27) S. u. Note 38 ff. Z. B. aus einem gemeinschaftlich begangenen Delikt (die Gesellschafter verüben beim Nachhausegehen vom Vereinslokal zusammen eine Sachbeschädigung). Oder aus einem Delikt, das zwar nur einzelne Gesellschafter begehen, für das aber die übrigen Gesellschafter nach § 831 BGB. gleichfalls haftbar sind (z. B. die Geschäftsführenden beuten ein fremdes Patent aus). Es ist abwegig, dies als eine Gesellschaftsthätigkeit zu bezeichnen. Es gibt keine „Gesellschaftsdelikte", weil die Vertretung nicht auf eine solche zu unerlaubten Handlungen geht (s. schon Bd. I § 55 zu Note 24). Die betreffenden Personen sind verantwortlich, wie wenn keine Gesellschaft bestünde.

28) Von der eventuellen Regreßfrage ist hier nicht die Rede (s. o. § 282 zu Note 104).

setzung des Angriffs auf das Gesellschaftsvermögen ist nur, daß der Gläubiger die Gesellschafter sämmtlich verklagt[30]). Zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen gehört ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urtheil[31]). § 736 CPO.[32]). Blos einzelne Gesellschafter in Anspruch zu nehmen, hat also für den Gläubiger nur Sinn, wenn ihm nicht alle haften[33]), oder wenn ihm freiwillig geleistet wird oder die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des betreffenden Gesellschafters genügt[34]).

b) Das Gesellschaftsrecht bestimmt nichts über den Umfang der Haftung des Einzelnen gegenüber dem Gläubiger[35]). Es existirt keine Vorschrift, daß die Gesellschafter als solche für Gesellschaftsschulden als Gesammtschuldner haften[36]). Ob sie gesammtschuldnerisch oder nur getheilt verpflichtet sind, ist aus dem Inhalt des betreffenden Schuldverhältnisses zu beantworten[37]).

2. Es kommt also für das Verhältniß zu den Gläubigern lediglich darauf an, ob sämmtliche Gesellschafter dem Gläubiger verpflichtet sind[38]) — gleichviel ob die Schuld in Verfolgung der Gesellschaftszwecke entstanden ist oder nicht[39]). Dieser Ursprung der Schuld

---

29) Doch kann es sein, daß die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist. S. o. Bd. I § 36 Note 12 (u. z. B. § 55 zu Note 21).

30) Denn ein einzelner Gesellschafter (also auch der Gläubiger aus dessen Rechte) kann nicht über irgend einen Theil des Gesellschaftsvermögens verfügen. S. o. § 280 Note 11 ff.

31) Resp. ein anderer gegen Alle wirksamer Vollstreckungstitel. S. § 794 CPO.

32) Da dem Gläubiger nach Note 26 meist alle Gesellschafter haften, ist der Prozeß also gegen alle Gesellschafter zu führen, wobei selbstverständlich nicht alle persönlich aufzutreten brauchen, sondern (wie gewöhnlich) die nicht geschäftsführenden durch die geschäftsführenden vertreten werden. Nur bei der Eidesleistung zeigt sich die Betheiligung Aller (der Eid muß von allen Gesellschaftern geleistet werden).

33) Z. B. wegen Ueberschreitung der Geschäftsbefugniß der Handelnden. — Dann ist er aber auch nur Privatgläubiger (s. u.) der Haftenden.

34) Darüber hinaus hätte er nur die Möglichkeit der Pfändung des Auseinandersetzungsantheils (s. u. Note 42 ff.) des betreffenden Gesellschafters. § 859 Abs. 1 CPO. Zwangsvollstreckung in den geringsten reellen Gegenstand des Gesellschaftsvermögens setzt einen vollstreckbaren Titel wider sämmtliche Gesellschafter voraus.

35) Die §§ 722, 735 BGB. beziehen sich hierauf nicht. Sie gelten nur für das Verhältniß unter den Gesellschaftern.

36) Anders bei Handelsgesellschaften. Vgl. § 128 HGB. Es ist keineswegs angängig, dies auf die bürgerliche Gesellschaft zu übertragen. Hiergegen haben sich mit Recht auch Hellwig a. a. O. S. 203 und Dernburg § 360 Ziff. IV erklärt.

37) S. o. Note 26.

38) Bezw. hinsichtlich der Zwangsvollstreckung, ob der Gläubiger einen gegen alle Gesellschafter vollstreckbaren Titel hat (s. o.). Knoke S. 82 ff., Hellwig S. 204 ff., Dernburg § 360 Ziff. II c, Gierke a. a. O. S. 86, Planck § 719 N. 2 u. A. (in Uebereinstimmung mit Prot. Bd. 2 S. 435).

ist eine lediglich die Gesellschafter untereinander[40]), nicht eine ihr Verhältniß zu Dritten berührende Frage[41]). Sind nicht sämmtliche Gesellschafter dem Gläubiger verpflichtet, so liegt eine sog. Privatschuld vor[42]). Für diese haftet dem Gläubiger außer dem sonstigen Vermögen seines Schuldners nur dessen zukünftiger Auseinandersetzungsantheil an der Gesellschaft[43]). Folglich gehen Gesellschaftsgläubiger, d. h. Gläubiger, denen die sämmtlichen Gesellschafter haften[44]), im Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen den Privatgläubigern der einzelnen Gesellschafter vor. Die Privatgläubiger können zwar den Gesellschaftsantheil ihres Schuldners pfänden und daraufhin durch Kündigung der Gesellschaft zur Auslösung bringen (§ 725 BGB.), sie müssen aber den Gesellschaftsgläubigern gestatten, sich vorher aus der Masse zu befriedigen. Ja sogar in Konkurrenz mit den übrigen Gesellschaftern stehen die Privatgläubiger eines einzelnen Gesellschafters zurück. Denn da ihnen nur dessen Auseinandersetzungsantheil zufällt, können sich die anderen Gesellschafter für ihre Ansprüche, die sich auf das Gesellschaftsverhältniß gründen[45]), aus dem Gesellschaftsvermögen vorab befriedigen. Am

39) Wir müssen annehmen, daß dies im Interesse des Gläubigers verfügt ist. Für ihn ist es Zufall, ob die Schuld mit dem Societätsverhältniß zusammenhängt oder nicht. S. auch o. N. 27. Er soll sich an das gesammte Vermögen seiner Schuldner halten können, also auch an das Gesellschaftsvermögen. A. M. Cosack § 276 II Ziff. 1a u. V. Dies thut dem Gesetze Gewalt an. Wie es mit der angeblichen Haftung der Gesellschafter zur gesammten Hand (Cosack a. a. O. II Ziff. 3) bestellt ist, s. o. § 139 gegen Ende.

40) S. z. B. § 733 BGB. und unten § 284 über die Liquidation der Gesellschaft. Es ist klar, daß vor der Vertheilung der Aktiven die Gesellschaftspassiven zu berichtigen sind. Denn patrimonium non intelligitur nisi deducto aere alieno. Als gemeinschaftliche Schulden in diesem Sinne können nur solche angesehen werden, die mit Rücksicht auf den Gesellschaftszweck entstanden sind.

41) Gegenüber den Gläubigern gibt es kein Passivvermögen der Gesellschaft in der Weise, wie es ein aktives Gesellschaftsvermögen gibt. Aus demselben Grunde gibt es auch keinen Gesellschaftskonkurs (s. o. § 280 Note 11). Durchaus a. M. in allen diesen Dingen Cosack a. a. O. Irrig Joerges S. 218, der sogar die Verfügungsbefugniß (?) über die Gesellschaftsschulden der Gesellschaft vorbehalten will!

42) Im Gegensatz zu dem, was wir Gesellschaftsschulden nennen. S. o. und Note 20 (um diesen beliebten Ausdruck festzuhalten).

43) Dieser ergibt sich erst nach Abzug sämmtlicher in Note 40 besprochenen gemeinschaftlichen Schulden der Gesellschafter. Der Privatgläubiger eines socius kann am Gesellschaftsvermögen nicht mehr Rechte haben als dieser selbst. Die socii bleiben hier trotz der Pfändung immer gewissermaßen unter sich. Was, und weshalb der einzelne Genosse etwas von dem, was bei der Auseinandersetzung auf ihn entfällt, einem anderen abgeben muß, kümmert die anderen hier sowenig wie bei der Untergesellschaft (s. o. § 281 i. f.).

44) S. o. zu Note 38.

45) Weil auch hier die Gesellschafter gewissermaßen unter sich sind (Note 43 i. f.), kommt es wie bei Note 40 auf den Titel der Schuld an.

deutlichsten zeigt sich dieses Absonderungsrecht im Konkurse eines Gesellschafters. § 51 KO.[46]).

3. Im Einzelnen gilt:

a) Die Gesellschaftsgläubiger haben Zugriff auf die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens wie gegen das gesammte übrige Vermögen ihrer Schuldner. Sie können die Gesellschaftsobjekte pfänden und zum Verkauf bringen, wie wenn keine Gesellschaft bestände. Sie brauchen dazu die Gesellschaft nicht aufzulösen, sondern sie entziehen ihr einfach die betreffenden Werthe[47]). Der Bestand der Gesellschaft nützt sogar den Gesellschaftsgläubigern, insofern er ihnen einen Vorsprung vor den Privatgläubigern einzelner Gesellschafter verleiht[48]).

b) Die Privatgläubiger haben auf das Gesellschaftsvermögen keinen Zugriff. Sie können weder irgend einen einzelnen Gegenstand desselben noch den Antheil ihres Schuldners an einem dieser Gegenstände mit Beschlag belegen und zum Verkauf bringen[49]). Ausgenommen sind selbständige Ansprüche des Gesellschafters, die auch während Bestehens der Gesellschaft veräußert werden dürfen[50]), insbesondere der Anspruch auf einen verfallenen Gewinnantheil. § 725 Abs. 2. Im Uebrigen kann der Privatgläubiger eines Gesellschafters nur dessen Antheil am Gesellschaftsvermögen[51]) pfänden[52]) und daraufhin die Auflösung der Gesellschaft[53]) oder wenigstens die Abschichtung seines Schuldners[54]) betreiben. Dies geschieht durch eine Kündigung zu Händen sämmtlicher Gesellschafter[55]). § 725 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 730 ff., 736 ff. BGB. Das Ergebniß ist, daß dem betreffenden Gesellschafter bezw. seinen Gläubigern der Gesellschaftsantheil nach Ab-

---

46) In diesem Sinne unterscheiden wir in Zukunft Gesellschaftsgläubiger (Gesellschaftsschulden), und Privatgläubiger (Privatschulden) eines einzelnen Gesellschafters.

47) Für die Gesellschafter entsteht dadurch ein Verlust im Sinne § 281 nach Note 104 oder eventuell eine Verminderung des schon gemachten Gewinnes.

48) S. o. bei Note 44.

49) Denn einen selbständig verwerthbaren Antheil daran gibt es nicht. S. § 719 BGB. u. oben Ziff. I.

50) S. § 717 Satz 2 BGB. u. oben § 281 III Ziff. 2. Nur der Anspruch aus einer Geschäftsführung des betreffenden Gesellschafters, soweit dessen Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, ist in § 725 nicht genannt.

51) D. i. den zukünftigen Auseinandersetzungsantheil (oben Note 43).

52) § 859 CPO.

53) S. u. § 283.

54) S. darüber unten § 285.

55) Empfangsbedürftige Willenserklärung. — Eine Kündigungsfrist ist nicht einzuhalten. Es handelt sich um das Recht, die sofortige Auseinandersetzung zu verlangen.

zug der Passiven[56]) herausgegeben wird[57]). In diesem Bestande[58]) steht er dann zur Befriedigung der Privatgläubiger[59]).

D. Auflösung der Gesellschaft.

§ 283.

1. Auflösungsgründe und stillschweigende Verlängerung der Gesellschaft.

Die Auflösung der Gesellschaft hat nicht den Sinn, bereits entstandene Rechte und Pflichten der Gesellschafter[1]) aufzuheben, sondern lediglich, die Entstehung neuer aus der Gesellschaft auszuschließen. Die Auflösung bedeutet, daß der Gesellschaftszweck (§ 705) von nun an nicht weiter zu verfolgen ist[2]).

I. Die Gesellschaft endigt ohne Weiteres mit Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist. § 723 BGB. Ist der Endpunkt von ungewissen Ereignissen abhängig gemacht, so endigt die Gesellschaft mit Eintritt der Bedingung[3]).

II. Ebenso endigt die Gesellschaft, wenn ihr Zweck vollständig erreicht oder die Erreichung unmöglich geworden ist[4]). § 726.

III. Der Tod eines Gesellschafters führt eine Auflösung der Gesellschaft herbei, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes vorgesehen ist[5]). Und zwar kann vorgesehen sein, entweder daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen oder unter den übrigen Gesellschaftern fortzusetzen sei[6]). § 727 BGB.

---

56) S. § 733 BGB. u. oben Noten 40 u. 43.

57) Vor Beendigung dieser Auseinandersetzung hat der gepfändete Privatgläubiger nicht das Recht, die Befugnisse seines Schuldners in der Gesellschaft auszuüben.

58) Jeder Gesellschaftsgläubiger, der sich inzwischen noch meldet, kann sich noch aus dem Gesellschaftsvermögen vorab befriedigen, sodaß der herauszugebende Betrag dadurch gemindert wird.

59) Nach den gewöhnlichen Regeln der Zwangsvollstreckung.

1) Sei es in deren wechselseitigem Verhältniß oder gegen Dritte.

2) Recht und Pflicht zur Verfolgung hören auf.

3) Und zwar auch hier von selbst. Entsprechend oben § 245 Ziff. I u. Cit., § 260 Ziff. I.

4) Der Grund der Nichterreichung ist gleichgültig. Eine Auflösungserklärung ist nicht erforderlich. — Zu Gunsten geschäftsführender Socien, welche die Erreichung des Zwecks oder die Unmöglichkeit nicht kannten oder kennen mußten, kommt § 729 BGB. zur Anwendung. S. u. Ziff. III u. IV am Ende. In Betreff des dritten Gegenkontrahenten s. § 169 BGB.

5) Ist nichts bestimmt, so beendigt der Tod eines Socius das Verhältniß unmittelbar, ohne daß es einer Auflösungserklärung bedarf. — Anders nach §§ 177, 389 HGB. beim Tod des Kommanditisten oder stillen Gesellschafters.

6) Der Gesellschaftsvertrag kann daneben noch jedem Gesellschafter ein

1. Treten die Erben ein, so stehen sie einfach an Stelle ihres Rechtsvorgängers in der Gesellschaft[7]), haben also (nach Innen und Außen) dessen Rechte und Pflichten. — Soll die Gesellschaft nur unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden, so sind die Erben des verstorbenen abzuschichten[8]).

2. Erlischt die Gesellschaft mit dem Tod des Gesellschafters, so sind folgende Vorsichtsmaßregeln getroffen:

a) Der Erbe des Verstorbenen hat den Mitgesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen[9]). Es ist dies eine Pflicht, die aus dem Gesellschaftsvertrage auf ihn übergeht, ebenso wie die Rechnungslegung für den Verstorbenen[10]) und Herausgabe der bei seiner Geschäftsführung eingenommenen Werthe[11]). Der Erbe hat außerdem, wenn seinem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag[12]) eine Geschäftsführung übertragen war, die einschlägigen Geschäfte, soweit mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, solange fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm[13]) anderweitig Fürsorge treffen können. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend[14]).

b) In gleicher Weise haben die übrigen Gesellschafter die ihnen übertragenen Geschäfte, soweit nöthig, fortzuführen[15]), und gilt die Gesellschaft[16]) soweit als fortbestehend[17]). S. §§ 672 u. 727 Abs. 2 BGB.[18]). Im Uebrigen gilt die Uebertragung zu Gunsten

---

Kündigungsrecht geben. — Das röm. Recht gestattete, wesentlich aus formalistischen Gründen, die Fortsetzung der Gesellschaft nicht. Vgl. l. 85, 52 § 9, 59 Dig. pro socio 17, 2. Anders schon die neueren Partikularrechte.

7) Sie zählen also auch, soweit es mehrere sind, überall nur für dessen Kopf. Hinsichtlich der Geschäftsführung, die ihrem Autor zustand, müssen sie sich einigen. Eventuell wird ein wichtiger Grund für die Entziehung vorliegen, falls der Gesellschaftsvertrag in dieser Hinsicht keine Bestimmung trifft.

8) Das unten § 285 beschriebene Verfahren tritt ein. S. § 736 BGB.

9) D. h. ohne schuldhaftes Zögern. S. § 121 BGB. Das Verschulden ist nach Gesellschaftsgrundsätzen (der diligentia quam in suis rebus) zu bemessen.

10) Z. B. wenn er geschäftsführender Gesellschafter war.

11) Dies ist aber nur eine Nachlaßverbindlichkeit. — Die Mittheilungspflicht und die (gleich unten zu besprechende) Pflicht der eventuellen Fortführung der Geschäfte sind den Erben persönlich treffende (sich immerdar erneuernde) Verbindlichkeiten.

12) Andernfalls gelten die gewöhnlichen Grundsätze der beauftragten oder nicht beauftragten Geschäftsführung.

13) Diese Worte fehlen in § 673. Sie sollen zweifellos andeuten, daß wegen der noch erforderlichen Abwickelung der Gesellschaftsangelegenheiten der Erbe sich mit den übrigen Gesellschaftern in Verbindung zu setzen hat.

14) Wie nach § 673 der Auftrag. Auch die Detailregeln oben § 252 V Ziff. 2 finden entsprechende Anwendung.

15) Trotz der durch den Tod herbeigeführten Auflösung der Gesellschaft.

16) Resp. der diesen Gesellschaftern ertheilte gewöhnliche Geschäftsauftrag.

17) Auch in dieser Hinsicht ist auf oben § 252 V Ziff. 2 zu verweisen.

18) Die Entmündigung eines Gesellschafters löst die Gesellschaft nicht

des Geschäftsführers als fortbestehend, bis er die Auflösung der Gesellschaft kennt oder kennen muß. S. §§ 729, 674 BGB.[19]).

IV. Unmittelbar auflösend wirkt auch die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters[20]), falls nicht im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, daß nur eine Abschichtung des konkursfälligen Gesellschafters erfolgen soll. §§ 728, 736 BGB. An Stelle des letzteren für das Auflösungsverfahren[21]) tritt der Konkursverwalter. Die für die übrigen Gesellschafter erforderliche Anzeige wird hier durch die Konkursregeln gewährleistet[22]). — Der Konkursverwalter[23]) und die übrigen mit einer Geschäftsführung betraut gewesenen Gesellschafter haben unaufschiebliche Geschäfte in derselben Weise wie beim Tod eines Gesellschafters fortzuführen[24]). § 728 Satz 2. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend. Soweit einem Gesellschafter die Konkurseröffnung nicht bekannt war oder bekannt sein mußte, gilt die ihm übertragene Geschäftsführung auch hier zu seinen Gunsten als fortbestehend[25]). § 729 (674) BGB.[26]).

V. Abgesehen davon endigt die Gesellschaft durch Kündigung[27]). Und zwar hat, ohne Zulässigkeit weiterer Beschränkungen[28])

1. jeder Gesellschafter das Kündigungsrecht, wenn kein besonderer Endtermin für die Gesellschaft bestimmt war. Eine Kündigungsfrist ist nur einzuhalten, wenn der Vertrag sie vor-

---

auf, sondern gibt nur ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde. § 723 BGB.

19) Wegen des etwaigen dritten Gegenkontrahenten s. § 169 BGB.

20) Nicht der Gesellschaft. Es gibt keinen Gesellschaftskonkurs. S. o. § 282 Note 41 u. Cit.

21) Das auch hier nach den Regeln der §§ 284, 285 erfolgt. Also nicht etwa im Konkursverfahren. S. § 16 KO. — Von dem Absonderungsrecht der übrigen Gesellschafter für ihre auf dem Gesellschaftsverhältniß beruhenden Forderungen s. § 51 KO. u. oben § 282 bei Note 46.

22) S. §§ 111 ff. KO.

23) Wenn der Kridar mit einer Geschäftsführung für die Gesellschaft betraut war.

24) S. o. III Ziff. 2 (a u. b).

25) Wegen des etwaigen dritten Gegenkontrahenten s. § 169 BGB.

26) Für alle diese Ansprüche gilt, daß sie in erster Linie im Liquidationsverfahren der Gesellschaft, resp. nach § 51 KO. absonderungsweise zur Befriedigung kommen. Im Uebrigen sind die Ansprüche aus einstweiliger Fortführung der Geschäfte gemäß § 728 Satz 2 BGB. Ansprüche gegen die Masse, die aus § 729 BGB. Konkursforderungen. § 28 KO.

27) Ueber Kündigung s. o. § 156 Note 12 ff. u. Bd. I § 97 i. f. Sie ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und allen Gesellschaftern zuzustellen. S. Knoke S. 107 u. Cit. Entsch. d. RG. Bd. 21 S. 93.

28) Solche wären nichtig (als unerlaubte Freiheitsbeschränkungen). § 723 Abs. 3 BGB.

setzung des Angriffs auf das Gesellschaftsvermögen ist nur, daß der Gläubiger die Gesellschafter sämmtlich verklagt[30]). Zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen gehört ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urtheil[31]). § 736 CPO.[32]). Blos einzelne Gesellschafter in Anspruch zu nehmen, hat also für den Gläubiger nur Sinn, wenn ihm nicht alle haften[33]), oder wenn ihm freiwillig geleistet wird oder die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des betreffenden Gesellschafters genügt[34]).

b) Das Gesellschaftsrecht bestimmt nichts über den Umfang der Haftung des Einzelnen gegenüber dem Gläubiger[35]). Es existirt keine Vorschrift, daß die Gesellschafter als solche für Gesellschaftsschulden als Gesammtschuldner haften[36]). Ob sie gesammtschuldnerisch oder nur getheilt verpflichtet sind, ist aus dem Inhalt des betreffenden Schuldverhältnisses zu beantworten[37]).

2. Es kommt also für das Verhältniß zu den Gläubigern lediglich darauf an, ob sämmtliche Gesellschafter dem Gläubiger verpflichtet sind[38]) — gleichviel ob die Schuld in Verfolgung der Gesellschaftszwecke entstanden ist oder nicht[39]). Dieser Ursprung der Schuld

---

29) Doch kann es sein, daß die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist. S. o. Bd. I § 36 Note 12 (u. z. B. § 55 zu Note 21).

30) Denn ein einzelner Gesellschafter (also auch der Gläubiger aus dessen Rechte) kann nicht über irgend einen Theil des Gesellschaftsvermögens verfügen. S. o. § 280 Note 11 ff.

31) Resp. ein anderer gegen Alle wirksamer Vollstreckungstitel. S. § 794 CPO.

32) Da dem Gläubiger nach Note 26 meist alle Gesellschafter haften, ist der Prozeß also gegen alle Gesellschafter zu führen, wobei selbstverständlich nicht alle persönlich aufzutreten brauchen, sondern (wie gewöhnlich) die nicht geschäftsführenden durch die geschäftsführenden vertreten werden. Nur bei der Eidesleistung zeigt sich die Betheiligung Aller (der Eid muß von allen Gesellschaftern geleistet werden).

33) Z. B. wegen Ueberschreitung der Geschäftsbefugniß der Handelnden. — Dann ist er aber auch nur Privatgläubiger (s. u.) der Haftenden.

34) Darüber hinaus hätte er nur die Möglichkeit der Pfändung des Auseinandersetzungsantheils (s. u. Note 42 ff.) des betreffenden Gesellschafters. § 859 Abs. 1 CPO. Zwangsvollstreckung in den geringsten reellen Gegenstand des Gesellschaftsvermögens setzt einen vollstreckbaren Titel wider sämmtliche Gesellschafter voraus.

35) Die §§ 722, 735 BGB. beziehen sich hierauf nicht. Sie gelten nur für das Verhältniß unter den Gesellschaftern.

36) Anders bei Handelsgesellschaften. Vgl. § 128 HGB. Es ist keineswegs angängig, dies auf die bürgerliche Gesellschaft zu übertragen. Hiergegen haben sich mit Recht auch Hellwig a. a. O. S. 203 und Dernburg § 360 Ziff. IV erklärt.

37) S. o. Note 26.

38) Bezw. hinsichtlich der Zwangsvollstreckung, ob der Gläubiger einen gegen alle Gesellschafter vollstreckbaren Titel hat (s. o.). Knoke S. 82 ff., Hellwig S. 204 ff., Dernburg § 360 Ziff. II c, Gierke a. a. O. S. 36, Planck § 719 N. 2 u. A. (in Uebereinstimmung mit Prot. Bd. 2 S. 435).

ist eine lediglich die Gesellschafter untereinander[40]), nicht eine ihr Verhältniß zu Dritten berührende Frage[41]). Sind nicht sämmtliche Gesellschafter dem Gläubiger verpflichtet, so liegt eine sog. Privatschuld vor[42]). Für diese haftet dem Gläubiger außer dem sonstigen Vermögen seines Schuldners nur dessen zukünftiger Auseinandersetzungsantheil an der Gesellschaft[43]). Folglich gehen Gesellschaftsgläubiger, d. h. Gläubiger, denen die sämmtlichen Gesellschafter haften[44]), im Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen den Privatgläubigern der einzelnen Gesellschafter vor. Die Privatgläubiger können zwar den Gesellschaftsantheil ihres Schuldners pfänden und daraufhin durch Kündigung der Gesellschaft zur Auslösung bringen (§ 725 BGB.), sie müssen aber den Gesellschaftsgläubigern gestatten, sich vorher aus der Masse zu befriedigen. Ja sogar in Konkurrenz mit den übrigen Gesellschaftern stehen die Privatgläubiger eines einzelnen Gesellschafters zurück. Denn da ihnen nur dessen Auseinandersetzungsantheil zufällt, können sich die anderen Gesellschafter für ihre Ansprüche, die sich auf das Gesellschaftsverhältniß gründen[45]), aus dem Gesellschaftsvermögen vorab befriedigen. Am

39) Wir müssen annehmen, daß dies im Interesse des Gläubigers verfügt ist. Für ihn ist es Zufall, ob die Schuld mit dem Societätsverhältniß zusammenhängt oder nicht. S. auch o. N. 27. Er soll sich an das gesammte Vermögen seiner Schuldner halten können, also auch an das Gesellschaftsvermögen. A. M. Cosack § 276 II Ziff. 1a u. V. Dies thut dem Gesetze Gewalt an. Wie es mit der angeblichen Haftung der Gesellschafter zur gesammten Hand (Cosack a. a. O. II Ziff. 3) bestellt ist, s. o. § 139 gegen Ende.

40) S. z. B. § 733 BGB. und unten § 284 über die Liquidation der Gesellschaft. Es ist klar, daß vor der Vertheilung der Aktiven die Gesellschaftspassiven zu berichtigen sind. Denn patrimonium non intelligitur nisi deducto aere alieno. Als gemeinschaftliche Schulden in diesem Sinne können nur solche angesehen werden, die mit Rücksicht auf den Gesellschaftszweck entstanden sind.

41) Gegenüber den Gläubigern gibt es kein Passivvermögen der Gesellschaft in der Weise, wie es ein aktives Gesellschaftsvermögen gibt. Aus demselben Grunde gibt es auch keinen Gesellschaftskonkurs (s. o. § 280 Note 11). Durchaus a. M. in allen diesen Dingen Cosack a. a. O. Irrig Joerges S. 218, der sogar die Verfügungsbefugniß (?) über die Gesellschaftsschulden der Gesellschaft vorbehalten will!

42) Im Gegensatz zu dem, was wir Gesellschaftsschulden nennen. S. o. und Note 20 (um diesen beliebten Ausdruck festzuhalten).

43) Dieser ergibt sich erst nach Abzug sämmtlicher in Note 40 besprochenen gemeinschaftlichen Schulden der Gesellschafter. Der Privatgläubiger eines socius kann am Gesellschaftsvermögen nicht mehr Rechte haben als dieser selbst. Die socii bleiben hier trotz der Pfändung immer gewissermaßen unter sich. Was, und weshalb der einzelne Genosse etwas von dem, was bei der Auseinandersetzung auf ihn entfällt, einem anderen abgeben muß, kümmert die anderen hier sowenig wie bei der Untergesellschaft (s. o. § 281 i. f.).

44) S. o. zu Note 38.

45) Weil auch hier die Gesellschafter gewissermaßen unter sich sind (Note 43 i. f.), kommt es wie bei Note 40 auf den Titel der Schuld an.

deutlichsten zeigt sich dieses Absonderungsrecht im Konkurse eines Gesellschafters. § 51 KO.[46]).

3. Im Einzelnen gilt:

a) Die Gesellschaftsgläubiger haben Zugriff auf die einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens wie gegen das gesammte übrige Vermögen ihrer Schuldner. Sie können die Gesellschaftsobjekte pfänden und zum Verkauf bringen, wie wenn keine Gesellschaft bestände. Sie brauchen dazu die Gesellschaft nicht aufzulösen, sondern sie entziehen ihr einfach die betreffenden Werthe[47]). Der Bestand der Gesellschaft nützt sogar den Gesellschaftsgläubigern, insofern er ihnen einen Vorsprung vor den Privatgläubigern einzelner Gesellschafter verleiht[48]).

b) Die Privatgläubiger haben auf das Gesellschaftsvermögen keinen Zugriff. Sie können weder irgend einen einzelnen Gegenstand desselben noch den Antheil ihres Schuldners an einem dieser Gegenstände mit Beschlag belegen und zum Verkauf bringen[49]). Ausgenommen sind selbständige Ansprüche des Gesellschafters, die auch während Bestehens der Gesellschaft veräußert werden dürfen[50]), insbesondere der Anspruch auf einen verfallenen Gewinnantheil. § 725 Abs. 2. Im Uebrigen kann der Privatgläubiger eines Gesellschafters nur dessen Antheil am Gesellschaftsvermögen[51]) pfänden[52]) und daraufhin die Auflösung der Gesellschaft[53]) oder wenigstens die Abschichtung seines Schuldners[54]) betreiben. Dies geschieht durch eine Kündigung zu Händen sämmtlicher Gesellschafter[55]). § 725 Abs. 1 in Verbindung mit §§ 730 ff., 736 ff. BGB. Das Ergebniß ist, daß dem betreffenden Gesellschafter bezw. seinen Gläubigern der Gesellschaftsantheil nach Ab-

---

46) In diesem Sinne unterscheiden wir in Zukunft Gesellschaftsgläubiger (Gesellschaftsschulden), und Privatgläubiger (Privatschulden) eines einzelnen Gesellschafters.

47) Für die Gesellschafter entsteht dadurch ein Verlust im Sinne § 281 nach Note 104 oder eventuell eine Verminderung des schon gemachten Gewinnes.

48) S. o. bei Note 44.

49) Denn einen selbständig verwerthbaren Antheil daran gibt es nicht. S. § 719 BGB. u. oben Ziff. I.

50) S. § 717 Satz 2 BGB. u. oben § 281 III Ziff. 2. Nur der Anspruch aus einer Geschäftsführung des betreffenden Gesellschafters, soweit dessen Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, ist in § 725 nicht genannt.

51) D. i. den zukünftigen Auseinandersetzungsantheil (oben Note 43).

52) § 859 CPO.

53) S. u. § 283.

54) S. darüber unten § 285.

55) Empfangsbedürftige Willenserklärung. — Eine Kündigungsfrist ist nicht einzuhalten. Es handelt sich um das Recht, die sofortige Auseinandersetzung zu verlangen.

zug der Passiven[56]) herausgegeben wird[57]). In diesem Bestande[58]) steht er dann zur Befriedigung der Privatgläubiger[59]).

D. Auflösung der Gesellschaft.

§ 283.

1. Auflösungsgründe und stillschweigende Verlängerung der Gesellschaft.

Die Auflösung der Gesellschaft hat nicht den Sinn, bereits entstandene Rechte und Pflichten der Gesellschafter[1]) aufzuheben, sondern lediglich, die Entstehung neuer aus der Gesellschaft auszuschließen. Die Auflösung bedeutet, daß der Gesellschaftszweck (§ 705) von nun an nicht weiter zu verfolgen ist[2]).

I. Die Gesellschaft endigt ohne Weiteres mit Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist. § 723 BGB. Ist der Endpunkt von ungewissen Ereignissen abhängig gemacht, so endigt die Gesellschaft mit Eintritt der Bedingung[3]).

II. Ebenso endigt die Gesellschaft, wenn ihr Zweck vollständig erreicht oder die Erreichung unmöglich geworden ist[4]). § 726.

III. Der Tod eines Gesellschafters führt eine Auflösung der Gesellschaft herbei, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag ein Anderes vorgesehen ist[5]). Und zwar kann vorgesehen sein, entweder daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen oder unter den übrigen Gesellschaftern fortzusetzen sei[6]). § 727 BGB.

---

56) S. § 733 BGB. u. oben Noten 40 u. 43.

57) Vor Beendigung dieser Auseinandersetzung hat der gepfändete Privatgläubiger nicht das Recht, die Befugnisse seines Schuldners in der Gesellschaft auszuüben.

58) Jeder Gesellschaftsgläubiger, der sich inzwischen noch meldet, kann sich noch aus dem Gesellschaftsvermögen vorab befriedigen, sodaß der herauszugebende Betrag dadurch gemindert wird.

59) Nach den gewöhnlichen Regeln der Zwangsvollstreckung.

1) Sei es in deren wechselseitigem Verhältniß oder gegen Dritte.

2) Recht und Pflicht zur Verfolgung hören auf.

3) Und zwar auch hier von selbst. Entsprechend oben § 245 Ziff. I u. Cit., § 260 Ziff. I.

4) Der Grund der Nichterreichung ist gleichgültig. Eine Auflösungserklärung ist nicht erforderlich. — Zu Gunsten geschäftsführender Socien, welche die Erreichung des Zwecks oder die Unmöglichkeit nicht kannten oder kennen mußten, kommt § 729 BGB. zur Anwendung. S. u. Ziff. III u. IV am Ende. In Betreff des dritten Gegenkontrahenten s. § 169 BGB.

5) Ist nichts bestimmt, so beendigt der Tod eines Socius das Verhältniß unmittelbar, ohne daß es einer Auflösungserklärung bedarf. — Anders nach §§ 177, 339 HGB. beim Tod des Kommanditisten oder stillen Gesellschafters.

6) Der Gesellschaftsvertrag kann daneben noch jedem Gesellschafter ein

1. Treten die Erben ein, so stehen sie einfach an Stelle ihres Rechtsvorgängers in der Gesellschaft[7]), haben also (nach Innen und Außen) dessen Rechte und Pflichten. — Soll die Gesellschaft nur unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden, so sind die Erben des verstorbenen abzuschichten[8]).

2. Erlischt die Gesellschaft mit dem Tod des Gesellschafters, so sind folgende Vorsichtsmaßregeln getroffen:

a) Der Erbe des Verstorbenen hat den Mitgesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen[9]). Es ist dies eine Pflicht, die aus dem Gesellschaftsvertrage auf ihn übergeht, ebenso wie die Rechnungslegung für den Verstorbenen[10]) und Herausgabe der bei seiner Geschäftsführung eingenommenen Werthe[11]). Der Erbe hat außerdem, wenn seinem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag[12]) eine Geschäftsführung übertragen war, die einschlägigen Geschäfte, soweit mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, solange fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm[13]) anderweitig Fürsorge treffen können. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend[14]).

b) In gleicher Weise haben die übrigen Gesellschafter die ihnen übertragenen Geschäfte, soweit nöthig, fortzuführen[15]), und gilt die Gesellschaft[16]) soweit als fortbestehend[17]). S. §§ 672 u. 727 Abs. 2 BGB.[18]). Im Uebrigen gilt die Uebertragung zu Gunsten

---

Kündigungsrecht geben. — Das röm. Recht gestattete, wesentlich aus formalistischen Gründen, die Fortsetzung der Gesellschaft nicht. Vgl. l. 35, 52 § 9, 59 Dig. pro socio 17, 2. Anders schon die neueren Partikularrechte.

7) Sie zählen also auch, soweit es mehrere sind, überall nur für dessen Kopf. Hinsichtlich der Geschäftsführung, die ihrem Autor zustand, müssen sie sich einigen. Eventuell wird ein wichtiger Grund für die Entziehung vorliegen, falls der Gesellschaftsvertrag in dieser Hinsicht keine Bestimmung trifft.

8) Das unten § 285 beschriebene Verfahren tritt ein. S. § 736 BGB.

9) D. h. ohne schuldhaftes Zögern. S. § 121 BGB. Das Verschulden ist nach Gesellschaftsgrundsätzen (der diligentia quam in suis rebus) zu bemessen.

10) Z. B. wenn er geschäftsführender Gesellschafter war.

11) Dies ist aber nur eine Nachlaßverbindlichkeit. — Die Mittheilungspflicht und die (gleich unten zu besprechende) Pflicht der eventuellen Fortführung der Geschäfte sind den Erben persönlich treffende (sich immerdar erneuernde) Verbindlichkeiten.

12) Andernfalls gelten die gewöhnlichen Grundsätze der beauftragten oder nicht beauftragten Geschäftsführung.

13) Diese Worte fehlen in § 673. Sie sollen zweifellos andeuten, daß wegen der noch erforderlichen Abwickelung der Gesellschaftsangelegenheiten der Erbe sich mit den übrigen Gesellschaftern in Verbindung zu setzen hat.

14) Wie nach § 673 der Auftrag. Auch die Detailregeln oben § 252 V Ziff. 2 finden entsprechende Anwendung.

15) Trotz der durch den Tod herbeigeführten Auflösung der Gesellschaft.

16) Resp. der diesen Gesellschaftern ertheilte gewöhnliche Geschäftsauftrag.

17) Auch in dieser Hinsicht ist auf oben § 252 V Ziff. 2 zu verweisen.

18) Die Entmündigung eines Gesellschafters löst die Gesellschaft nicht

des Geschäftsführers als fortbestehend, bis er die Auflösung der Gesellschaft kennt oder kennen muß. S. §§ 729, 674 BGB.[19]).

IV. Unmittelbar auflösend wirkt auch die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters[20]), falls nicht im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist, daß nur eine Abschichtung des konkursfälligen Gesellschafters erfolgen soll. §§ 728, 736 BGB. An Stelle des letzteren für das Auflösungsverfahren[21]) tritt der Konkursverwalter. Die für die übrigen Gesellschafter erforderliche Anzeige wird hier durch die Konkursregeln gewährleistet[22]). — Der Konkursverwalter[23]) und die übrigen mit einer Geschäftsführung betraut gewesenen Gesellschafter haben unaufschiebliche Geschäfte in derselben Weise wie beim Tod eines Gesellschafters fortzuführen[24]). § 728 Satz 2. Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend. Soweit einem Gesellschafter die Konkurseröffnung nicht bekannt war oder bekannt sein mußte, gilt die ihm übertragene Geschäftsführung auch hier zu seinen Gunsten als fortbestehend[25]). § 729 (674) BGB.[26]).

V. Abgesehen davon endigt die Gesellschaft durch Kündigung[27]). Und zwar hat, ohne Zulässigkeit weiterer Beschränkungen[28])

1. jeder Gesellschafter das Kündigungsrecht, wenn kein besonderer Endtermin für die Gesellschaft bestimmt war. Eine Kündigungsfrist ist nur einzuhalten, wenn der Vertrag sie vor-

---

auf, sondern gibt nur ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde. § 728 BGB.

19) Wegen des etwaigen dritten Gegenkontrahenten s. § 169 BGB.

20) Nicht der Gesellschaft. Es gibt keinen Gesellschaftskonkurs. S. o. § 282 Note 41 u. Cit.

21) Das auch hier nach den Regeln der §§ 284, 285 erfolgt. Also nicht etwa im Konkursverfahren. S. § 16 KO. — Von dem Absonderungsrecht der übrigen Gesellschafter für ihre auf dem Gesellschaftsverhältniß beruhenden Forderungen s. § 51 KO. u. oben § 282 bei Note 46.

22) S. §§ 111 ff. KO.

23) Wenn der Kridar mit einer Geschäftsführung für die Gesellschaft betraut war.

24) S. o. III Ziff. 2 (a u. b).

25) Wegen des etwaigen dritten Gegenkontrahenten s. § 169 BGB.

26) Für alle diese Ansprüche gilt, daß sie in erster Linie im Liquidationsverfahren der Gesellschaft, resp. nach § 51 KO. absonderungsweise zur Befriedigung kommen. Im Uebrigen sind die Ansprüche aus einstweiliger Fortführung der Geschäfte gemäß § 728 Satz 2 BGB. Ansprüche gegen die Masse, die aus § 729 BGB. Konkursforderungen. § 28 KO.

27) Ueber Kündigung s. o. § 156 Note 12 ff. u. Bd. I § 97 i. f. Sie ist einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und allen Gesellschaftern zuzustellen. S. Knoke S. 107 u. Cit. Entsch. d. RG. Bd. 21 S. 93.

28) Solche wären nichtig (als unerlaubte Freiheitsbeschränkungen). § 723 Abs. 3 BGB.

schreibt. § 723 Abs. 1. Andernfalls kann also jeder Gesellschafter jederzeit durch seinen Austritt die Gesellschaft auflösen. Doch darf die Kündigung *nicht zur Unzeit* geschehen[29]), falls nicht ein wichtiger Grund[30]) für die unzeitige Kündigung vorliegt. Sonst ist zwar die Kündigung wirksam; der unzeitig Kündigende jedoch den Mitgesellschaftern zum Schadensersatz verpflichtet[31]). § 723 Abs. 2.

Bestimmt der Gesellschaftsvertrag, daß nur der Kündigende ausscheiden, die Gesellschaft dagegen unter den anderen Gesellschaftern fortgesetzt werden soll, so behält es dabei sein Bewenden[32]). § 736.

2. Eine *vorzeitige Auflösung der Gesellschaft*[33]) *durch Kündigung* ist aus *wichtigen Gründen* zulässig, wenn einem Mitgesellschafter den Umständen nach ein weiteres Verbleiben in der Gesellschaft nicht zuzumuthen ist[34]). § 723 Abs. 1. Und zwar

a) entweder so, daß die im Gesellschaftsvertrag bestimmte *Kündigungsfrist nicht auszuhalten* ist;

b) oder so, daß *vor dem im Vertrage festgesetzten Endigungszeitpunkt* die Gesellschaft gekündigt werden kann.

Hauptkündigungsgründe dieser Art sind es, wenn wesentliche Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsvertrag von Seiten anderer Gesellschafter nicht erfüllt[35]), die Gesellschaftsinteressen vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt werden[36]).

Eine Schadensersatzpflicht wegen unzeitiger Kündigung, falls nicht ein wichtiger Grund für Kündigung in dem betreffenden Augenblick vorlag, besteht auch hier[37]). Abs. 2.

3. Vorzeitig kann die Gesellschaft auch *von jedem Theil* ge-

---

29) S. die entsprechenden Ausführungen oben § 253 zu Note 46. Es ist darauf zu sehen, ob der *Gesellschaftszweck* durch die Kündigung in diesem Augenblicke geschädigt wird.

30) Vgl. o. § 253 Note 47. Knoke S. 105 ff.

31) Plastisch sagten die Römer in solchem Falle: socium a se liberat, non se a socio. Vgl. l. 65 § 6 Dig. pro soc. 17, 2. Ueber die Bedeutung der Ersatzpflicht im Texte geht der Satz aber heute nicht hinaus. Z. B. etwaiger Gewinn, den der unzeitig Kündigende anderweit macht, verbleibt ihm.

32) Es ist nur der Kündigende abzuschichten. S. u. § 285.

33) Also *vor* dem vertragsmäßigen Endigungszeitpunkt.

34) Mögen die Gründe in der Person der *Mitgesellschafter* oder des *Kündigenden selbst* liegen. Außer oben Note 30 vgl. hier insbesondere die entsprechenden Ausführungen beim Dienstvertrage (§ 260 zu Note 23 ff.). Hauptgründe der ersteren Art führt § 723 Abs. 1 selbst an. S. auch oben § 281 Note 22 ff.

35) Verschuldet oder unverschuldet! Mag Unmöglichkeit oder Leistungsunvermögen des Betreffenden vorliegen.

36) Dies umfaßt alle Fälle gröberen Kontraktbruchs.

37) S. o. zu Note 29 ff.

kündigt werden, wenn sie auf die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen war. Und zwar jederzeit[38]), nach den Regeln der Gesellschaften von unbestimmter Dauer[39]). § 724.

4. Von dem besonderen Kündigungsrecht des Privatgläubigers eines Gesellschafters auf Grund der Pfändung des Gesellschaftsantheils (§ 725 BGB.) war schon die Rede. S. o. § 282 i. f.[40]).

VI. Wird nach Ablauf der Gesellschaftszeit[41]) das Verhältniß ohne Widerspruch fortgesetzt[42]), so entsteht dadurch eine Verlängerung der Gesellschaft unter den bisherigen Vertragsbedingungen[43]). Doch läuft die Gesellschaft nunmehr auf unbestimmte Zeit, kann also nach den Regeln von Ziff. V jederzeit gekündigt werden[44]). § 724 i. f.

§ 284.

2. Liquidation des Gesellschaftsvermögens.

Der Bestand eines Gesellschaftsvermögens[1]), von welchem die willkürliche Losreißung einzelner Bestandtheile den Gesellschaftern untersagt ist[2]), macht bei Beendigung der Gesellschaft eine Generalauftheilung nothwendig (die Liquidation). Diese ist ein Verfahren unter den Gesellschaftern (§ 730 Abs. 1), auch wenn der Anstoß dazu von Außen kommt[3]). Da die Auseinandersetzung regelmäßig längere

---

38) Nicht wie beim Dienstvertrag oben § 260 Note 20, erst nach 5 Jahren.

39) Ist neben der Lebensdauer noch eine andere feste Vertragszeit bestimmt, so ist eventuell diese maßgebend.

40) Aus dem Gesagten erhellt, daß das Kündigungsrecht einer Gesellschaft lange nicht soweit geht als im röm. Recht, wo es Axiom war, daß Niemand gezwungen werden konnte, gegen seinen Willen in einer Gemeinschaft zu bleiben (vgl. l. 14—17 Dig. pro soc. 17, 2 u. oben § 280 Note 7). Da dies die Gesellschaft aktionsunfähig machte, gaben die Römer den anderen Gesellschaftern gegen den grundlos Kündigenden weitere Rechte (s. l. 65 § 6 Dig. eod u. o. N. 31). Dies ist mit der Beschränkung des Kündigungsrechts als überflüssig hinweggefallen.

41) Nach stattgefundener Kündigung der Gesellschaft ist eine Ignorirung der Kündigung (Verzicht) von Seiten aller Gesellschafter möglich, aber nur vor Eintritt der definitiven Auflösungswirkungen. S. auch Oertmann § 723 Note 5.

42) D. h. ohne Widerspruch eines einzigen Gesellschafters.

43) Die oben §§ 245 Ziff. IV, 260 Ziff. IV gemachten Ausführungen finden entsprechende Anwendung.

44) Je nachdem mit oder ohne Kündigungsfrist.

1) S. o. §§ 280 Ziff. 2, 281 Ziff. III 2c. Ueber das röm. Recht vgl. l. 27 Dig. pro socio 17, 2. Die neueren Gesetzgebungen enthielten zum Theil schon ähnliche Liquidationsgrundsätze.

2) S. § 719 Abs. 1 BGB.

3) So im Falle des § 725. S. o. § 282 zu Note 43 ff., 52 ff. Der Privatgläubiger eines Socius ist nicht daran betheiligt: er empfängt den Aus-

Zeit erfordert[4]), so gibt das Gesetz dafür bestimmte Vorschriften, von denen nur auf Grund einer besonderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags oder kraft übereinstimmenden Willens sämmtlicher Gesellschafter[5]) abgewichen werden darf. § 730 ff. BGB.[6]).

Die betreffenden Grundsätze sind folgende.

1. Die Liquidation ist die Umsetzung des Gesammthänderverhältnisses der Genossen am Gesellschaftsvermögen in reale Theile. Diese Umsetzung wird durch eigene Maßnahmen der Betheiligten bewirkt[7]). Das zu theilende Vermögen besteht aus Aktiven und Passiven[8]); auch befindet es sich noch nicht im Zustande der Ruhe, weil das Hinstreben auf den Gesellschaftszweck eine Geschäftsführung veranlaßte[9]), deren Wirkungen oft noch in der Schwebe sind.

Daher sind zunächst die zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft noch schwebenden Geschäfte zu beendigen[10]), und insoweit die Beendigung den Abschluß neuer Geschäfte erforderlich macht, auch diese abzuschließen[11]). Das zu theilende Vermögen als Ganzes ist ordnungsmäßig zu erhalten und zu verwalten[12]). In Ansehung aller dieser Geschäfte gilt die Gesellschaft als fortbestehend, soweit es der Zweck der Auseinandersetzung erfordert[13]). Doch besteht die auf dem Gesellschaftsvertrag beruhende besondere Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter[14]) nicht weiter. Alle Befugnisse stehen

---

einandersetzungsantheil seines Schuldners in dem unter den Socien zu ermittelnden Bestande. — Gesellschaftsgläubiger brauchen auf die Auseinandersetzung nicht Rücksicht zu nehmen (§ 282 zu Noten 41, 47 ff.), nehmen also auch nicht daran Theil. § 733 ist nur eine Vorschrift inter socios.

4) Auch zweckmäßig eine gewisse Reihenfolge der verschiedenen Liquidationsakte innezuhalten ist.

5) Es bedarf eines Beschlusses sämmtlicher geschäftsfähigen Gesellschafter.

6) Für die Ausnahme s. insbesondere § 731 BGB.

7) Nicht etwa durch ernannte Liquidatoren (wie bei der Auseinandersetzung des Vermögens einer jur. Person, s. o. Bd. I § 54). Das Verhältniß ähnelt der Theilung einer Gemeinschaft (s. u. § 287), in deren Regeln es auch am letzten Ende übergeht. S. § 731 i. f. BGB.

8) Ueber den Begriff der Passiven s. o. § 282 Note 40.

9) S. o. § 281 Note 61 ff.

10) Selbstverständlich mit aller Sorgfalt wie bei jeder gesellschaftlichen Geschäftsführung.

11) Ein allgemeiner Grundsatz jeder Liquidation. S. schon oben Bd. I § 54 Ziff. 1c. Neu abzuschließende Hülfsgeschäfte sind z. B. Dienstverträge, Aufnahme von Darlehen u. s. w.

12) Also zu verwahren; Verderbliches ist zu veräußern oder zu repariren u. dgl. Eventuell einzugehende Hülfsgeschäfte (Dienstverträge, Lokalmiethe 2c.) können auch hier vorkommen.

13) Aehnlich wie in den Fällen §§ 727 Abs. 2, 728 BGB. (s. o. § 283 Ziff. III u. IV).

14) Vgl. §§ 710, 711, 714 BGB.

vom Moment der Auflösung ab den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu[15]). § 730 i. f.

Das Ergebniß der Geschäfte geht in das Gesellschaftsvermögen[16]). In der Art der Berechtigung daran während des Liquidationsstadiums tritt bis zur Auftheilung keine Aenderung ein[17]).

2. Von der zu theilenden Masse sind alsdann diejenigen Objekte auszusondern, die einzelnen Gesellschaftern persönlich gehören, insbesondere die der Gesellschaft zur Benutzung überlassen sind[18]). Da dieselben auf Gefahr des betreffenden Gesellschafters standen[19]), ist für zufälligen Verlust oder zufällige Verschlechterung kein Ersatz zu leisten. § 732. Alsdann sind

3. aus dem verbleibenden Bestande die Passiven, also die gemeinschaftlichen Schulden zu berichtigen[20]). § 733 Abs. 1. Soweit nöthig, sind die Aktiven zu diesem Zwecke zu versilbern[21]). Abs. 3. Gleichgültig ist, ob die betreffenden Schulden in diesem Augenblicke bereits fällig sind, oder nicht; ebenso ob sie bestritten sind. Die Berücksichtigung erfolgt dann in der Weise, daß das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten ist. Wird das Zurückbehaltene später frei, so erfolgt eine Nachtragsvertheilung. § 733 Abs. 1 i. f. — Doch ist es nicht die Aufgabe der Genossen, in diesem Verfahren Jeden zu befriedigen, dem sie überhaupt etwas schuldig sind, sondern nur die auf das Gesellschaftsverhältniß sich gründenden Forderungen[22]). Der Nettobetrag des Gesellschaftsvermögens ist zu ermitteln. Zu tilgen sind daher

---

15) Also wie im Regelfalle § 709 BGB., wenn der Gesellschaftsvertrag schweigt. Doch können die Gesellschafter sich neuerdings über eine zweckmäßige Beendigung der Geschäfte einigen.

16) Aktiv und passiv. Das Vermögen ist ja noch ungetheilt.

17) Arg. §§ 719, 730 ff. BGB. Also es bleibt bei dem Grundsatz der Berechtigung zur gesammten Hand.

18) S. o. § 281 zu Note 31 ff.

19) S. a. a. O. Note 43.

20) S. o. Note 8 u. Cit.

21) §§ 753, 754 BGB. sind für die Versilberung anwendbar. S. § 781 BGB. u. unten § 287 bei der Gemeinschaftstheilung.

22) Andere Gläubiger können unter Umständen (Note 8 u. Cit.) von Außen hinzutreten und Bestandtheile des Gesellschaftsvermögens im Wege der Zwangsvollstreckung herausreißen. Diese Verminderung des Gesellschaftsvermögens ist natürlich nicht zu vermeiden, aber provozirt wird sie von den Gesellschaftern nicht. Würden Forderungen, deren Schuldgrund gar nicht mit der Gesellschaft zusammenhängt, an dieser Stelle im Auseinandersetzungsverfahren berücksichtigt, so ergäbe sich eine Verminderung des den Gesellschaftern zukommenden Gewinnes oder eine Erhöhung des Verlustes (unten Ziff. 5 u. 6), die sie nach Köpfen träfe (§§ 722, 734, 735 BGB.), während die betreffende Schuld sie möglicherweise nach einem ganz anderen Maßstab trifft (z. B. der eine Gesellschafter ist der Hauptschuldner, die anderen haben sich nur für ihn verbürgt).

a) einmal Schulden der Gesellschafter gegenüber Dritten aus dem Gesellschaftsverhältnisse, mag die Schuld von allen Gesellschaftern oder von einzelnen Gesellschaftern im Rahmen ihrer Vertretungsbefugniß begründet sein, — mögen die Gesellschafter dem Dritten als Gesammtschuldner oder nur antheilig haften[22]).

b) Ferner sind zu berichtigen die Schulden aller[24]) gegenüber einzelnen Gesellschaftern aus dem Gemeinschaftsverhältnisse: z. B. für Auslagen aus der Geschäftsführung[25]), Tilgung von Gesellschaftsschulden aus eigenen Mitteln und aus Rechtsgeschäften mit der „Gesellschaft"[26]). § 733 Abs. 1[27]).

4. Umgekehrt hat jeder Genosse zum Gesellschaftsvermögen zu erstatten, was er demselben entzogen oder vorenthalten hat, sowie den Ersatz, den er ihm unter Berücksichtigung seiner Verantwortlichkeit (§ 708) verschuldet[28]). Hierher gehört auch der Regreß, wenn aus dem Gesellschaftsvermögen eine Schuld getilgt werden mußte, die materiell nur einen oder einzelne Gesellschafter angeht[29]).

5. Das hiernach festgestellte Vermögen gebührt zu reellen Theilen den einzelnen Gesellschaftern. Aber nach folgendem Verhältniß:

a) Zunächst sind den Einlegern ihre Einlagen zurückzuerstatten[30]). Auch dies ist eine Forderung der betreffenden Gesellschafter[31]).

Dadurch würde das Auseinandersetzungsverfahren nur verwickelt. S. auch Note 23 i. f.

23) Letzterer Punkt wird in § 733 Abs. 1 besonders hervorgehoben. Kein Gesellschafter darf einwenden: da doch getheilte Haftung bestehe, könne jeder Gesellschafter auch nach vollzogener Theilung seinen Antheil selbst tragen. Das Gesetz will die Vermögenstheilung nur deducto aere alieno. (Der Sinn ist nicht etwa, daß auch die nicht auf dem Gesellschaftsverhältniß beruhenden Schulden hier zu berücksichtigen seien, wenn die Gesellschafter pro rata haften. Dagegen Motive Bd. 2 S. 628, Dernburg § 360 Ziff. II b, Knoke S. 119, Planck § 733 Note 1, Oertmann § 733 Note 2b u. A.)

24) Scil. der übrigen Gesellschafter.

25) Arg. §§ 713, 717 BGB. u. oben § 281 Noten 102—104.

26) Selbstverständlich kann auch ein Gesellschafter sich die unter lit. a genannten Ansprüche abtreten lassen und ist dann ebenso wie der Dritte zu berücksichtigen.

27) Die Berücksichtigung an dieser Stelle bedeutet, daß der betreffende Gesellschafter volle Befriedigung für seine Forderung erlangt (daß er sich also nicht einen „auf ihn selbst entfallenden Antheil" abziehen zu lassen braucht). Er erhält Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen.

28) Z. B. nach §§ 667 ff., 713 BGB. aus seiner Geschäftsführung.

29) S. o. Note 22 u. Cit., § 282 zu Note 47. Ob die Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen vor der Auflösung der Gesellschaft oder im Liquidationsstadium stattfand, ist gleichgültig.

30) S. o. § 281 II Ziff. 1 insbes. am Ende.

31) Zu betrachten ist, daß die lediglich zur Benutzung eingelegten Sachen schon ausgeschieden sind (s. o. Ziff. 2).

Für Nutzungsvortheile an Gegenständen, die im Eigenthum des Einlegers verblieben (Ziff. 2), und vollzogene Dienstleistungen kann Ersatz nicht begehrt werden[32]). § 733 Abs. 2 i. f. Eine Rückerstattung in Natur findet nicht statt[33]), sondern die Erstattung erfolgt in Geld, und zwar nach dem Werthe der eingebrachten Sachen zur Zeit des Einbringens[34]). Soweit zur Berichtigung nicht genug Geld vorhanden ist, sind Gesellschaftsgegenstände zu versilbern[35]). Abs. 2 u. 3.

b) Der hiernach verbleibende Rest stellt den Gewinn der Gesellschaft dar. Derselbe gebührt den einzelnen Gesellschaftern nach dem Verhältnisse, in dem sie überhaupt am Gewinn theilnehmen[36]). § 734. Also im Zweifel zu gleichen Theilen. § 722. Für die Bewerkstelligung der Vertheilung gelten die Vorschriften über die Theilung einer Gemeinschaft[37]). §§ 731, 752 ff. BGB. Also soweit möglich erfolgt die Theilung in Natur. Die gebildeten Theile sind zu verlosen[38]). Auch wegen der Ausgleichung von Schulden vor Ausantwortung des Antheils[39]) gelten die allgemeinen Theilungsvorschriften. Für die zugetheilten Gegenstände haben die Betheiligten sich gegenseitig Gewähr zu leisten[40]).

6. Deckt das Vermögen der Gesellschaft nicht die Passiven oder ergibt sich für die Rückzahlung der Einlagen[41]) keine genügende Masse, so ist ein Verlust der Gesellschaft vorhanden. Dieser ist von den einzelnen Gesellschaftern nach Verhältniß ihrer Gewinnbetheiligung zu tragen[42]), falls im Gesellschaftsvertrag nicht eine andere Vertheilung bestimmt ist. §§ 722, 735. Hier hat also Jeder seinen Antheil aus seinem Privatvermögen zu decken. Ist

---

32) In dieser Hinsicht ist die moderne Gesellschaft kapitalistisch: die Dienstleistungen werden zwar für die Gewinnvertheilung als gleichwerthiger Beitrag angesehen (s. §§ 722, 734 BGB.), — erstattungsfähig sind sie nicht.

33) Der betreffende Gesellschafter kann sie weder fordern noch kann sie ihm aufgedrungen werden.

34) Ueber die deshalb beim Einbringen vielfach üblichen Schätzungen siehe schon oben § 281 Note 41 ff.

35) Die §§ 753, 754 BGB. sind für die Versilberung anwendbar. S. § 731 BGB. u. unten § 287 über die Gemeinschaftstheilung.

36) S. o. § 281 zu Note 111—113.

37) S. u. § 287. Knoke S. 121.

38) S. darüber besonders unten § 287 Ziff. II. Also keine Willkür des Richters (adiudicatio) findet mehr statt; ebensowenig ein konstitutives Theilungsurtheil. Vgl. § 752 BGB. und wegen etwa nothwendiger Verkäufe §§ 753, 754 eod.

39) S. §§ 755, 756 BGB u. unten § 287 II Ziff. 2.

40) § 757 BGB.

41) Oben Ziff. 5 lit. a.

42) S. o. Note 36.

eine Gesellschaftskasse vorhanden[43]), so hat die Zahlung regelmäßig an diese, sonst an die einzelnen Berechtigten zu erfolgen[44]), wobei Jeder auf seine Zahlungspflicht verrechnen darf, was er selbst von den Anderen zu fordern hat[45]). Ist von einzelnen Gesellschaftern nichts zu erlangen[46]), so ist der dadurch entstehende Ausfall unter die übrigen Gesellschafter zu vertheilen, also von diesen nach demselben Verhältnisse zu tragen, wie sie überhaupt am Verlust theilnehmen[47]). § 735 i. f.[48]).

§ 285.

E. Abschichtung alter und Eintritt neuer Gesellschafter.

I. Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt sein[1]), daß ein in der Person eines einzelnen Gesellschafters eintretender Auflösungsgrund, wie Tod, Konkurs, Kündigung[2]), nicht die Gesellschaft in ihrem ganzen Bestande, sondern nur mit Beziehung auf den betreffenden Gesellschafter aufhebt. Im Fall der eigenen Kündigung des Gesellschafters spricht man von Austritt, sonst von Ausschluß eines Gesellschafters. §§ 736, 737 BGB. Der Ausschluß ist eine gemeinschaftliche Kündigungserklärung der übrigen Gesellschafter an den Auszuschließenden[3]).

Der Erfolg des Ausscheidens eines Gesellschafters ist, daß die Gesellschaft bestehen bleibt und die Auflösungswirkung nur mit Bezug auf

---

43) Z. B. wenn sich der Verlust schon bei Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden (oben Ziff. 3) herausstellt.

44) Nach Maßgabe des einheitlichen Verlustvertheilungsergebnisses.

45) Die Befugniß dazu ergibt sich aus der Konstruktion des ganzen Vertheilungsverfahrens. S. auch den Schluß des § 735 BGB.

46) Bezw. befindet sich kein Kompensationsobjekt (z. B. eine Einlage) derselben in der Masse.

47) Um die Theilung nicht aufzuhalten. Die Vorschrift entspricht derjenigen des § 426 Abs. 1 i. f. S. o. § 207 Note 49 ff.

48) Für den Fall, daß Passiven übersehen sind und nachträglich zu Tage treten, s. Knoke a. a. O. S. 123.

1) Andernfalls tritt dies nicht ein. Die Fälle dieses § sind Ausnahmen. Daher werden sie hier nur am Schlusse behandelt.

2) Mag der Betreffende selbst kündigen oder (durch sein Verhalten resp. einen in seiner Person liegenden Umstand) den übrigen Gesellschaftern einen wichtigen Grund zur Kündigung geben. Ebenso wenn die Gesellschaft nach § 725 durch den Privatgläubiger eines Socius gekündigt wird. S. über die betr. Fälle oben § 283 Ziff. III—V.

3) Empfangsbedürftige Willenserklärung (Bd. I § 88), über die aber die kündigenden Mitgesellschafter unter sich einig sein müssen. Sonst kann nur totale Gesellschaftsauflösung herbeigeführt werden. — Ob der Ausschluß rechtmäßig war, hat im Streitfall das Gericht unter Berücksichtigung sämmtlicher Umstände zu entscheiden. Die Entscheidung ist lediglich deklarativ (nicht dem Gericht kommt es zu, Jemanden auszuschließen).

den Ausscheidenden eintritt. Folglich findet nur mit Beziehung auf ihn die Auseinandersetzung statt. Die Auseinandersetzung folgt eigenthümlichen Grundsätzen, einmal weil während Bestehens der Gesellschaft das Theilrecht des Auszuscheidenden nicht ohne Weiteres in einen Realtheil umgesetzt werden kann; sodann weil der gesammte Geschäftsbetrieb nicht stockt[4]), vielmehr seitens der anderen Gesellschafter unentwegt die Gesellschaftszwecke verfolgt werden.

1. Demgemäß sind bei der Abschichtung eines einzelnen Gesellschafters die zur Zeit schwebenden Geschäfte zunächst unberücksichtigt zu lassen. Die Theilung wird ohne Rücksicht auf sie bewerkstelligt.

a) Im Uebrigen kann der Ausscheidende die nur zum Gebrauche oder zur Benutzung eingebrachten Gegenstände aus dem Gesellschaftsvermögen aussondern, also zurücknehmen[5]); dagegen muß er

b) das ganze Gesellschaftsvermögen den anderen Gesellschaftern überlassen. Da selbständig veräußerliche Antheile daran nicht anerkannt werden[6]), ist der Antheil des Ausscheidenden auch in diesem Falle nicht auszulösen, vielmehr wächst das ganze Vermögen den zurückbleibenden Gesellschaftern an[7]). § 738 Satz 1. Der Ausscheidende erhält nur eine Abfindung.

α. Es ist also dem Ausscheidenden in Geld[8]) auszuzahlen[9]), was er erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Nur unter Außerachtlassung des Postens der schwebenden Geschäfte[10]). Dazu ist der Werth des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln[11]). Abs. 2. Die Berechnung erfolgt nach den Grundsätzen der vollständigen Gesellschaftsliquidation[12]).

---

4) Wie im Falle der völligen Auseinandersetzung (oben § 284 Ziff. 1), wo nur die etwa „noch schwebenden" Geschäfte zu erledigen sind.

5) Nach den Regeln oben § 284 Ziff. 2. S. § 738 Satz 2 BGB.

6) S. o. 280 Ziff. 2 ꝛc.

7) Im Gegensatz zu Bd. I § 55 Note 17 ff. verstehen die Meisten dies auch hinsichtlich der Gesellschaftsgrundstücke mit dinglicher Wirkung (eine Neuerung, die in den Prot. eine Stütze findet). Der praktische Unterschied ist gering. Denn statt der Auflassung ist nunmehr gegen den Ausgeschiedenen Berichtigung des Grundbuchs zu verlangen; und bis dahin hat der Bucheintrag die durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegebenen Wirkungen.

8) Er hat keinerlei Anspruch auf irgend eine Herausgabe in natura. — Läuft er Gefahr, dadurch eine Einbuße zu erleiden, z. B. wegen drohender Insolvenz der übrigen Gesellschafter, so muß er sich eventuell durch Erwirkung eines Arrestes helfen. Der Ausscheidende hat nur eine persönliche Forderung.

9) Ebensowenig braucht er sich Leistung in Natur aufdrängen zu lassen.

10) Deretwegen s. u. Ziff. 2.

11) Maßgebend ist der Zeitpunkt des Ausscheidens; für die zu vergütenden Einlagen die Zeit des Einbringens (§ 733 Abs. 2 BGB.).

β. Ergibt sich nach dieser Berechnung ein Verlust der Gesellschaft[13]), so erhält der Ausscheidende nicht nur nichts heraus, sondern muß umgekehrt den zurückbleibenden Gesellschaftern für den ihm berechneten Antheil am Verluste aufkommen[14]). § 739.

c) Die Abschichtung vollzieht sich auch hier nur unter den Gesellschaftern[15]). Der Ausscheidende wird also den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht befreit. Auch fehlt ihm das bei völliger Auseinandersetzung wichtigste Sicherungsmittel, daß die Gesellschaftspassiven vor Auszahlung der Antheile zu tilgen resp. (soweit sie noch nicht fällig oder bestritten sind) das dafür Erforderliche zurückzuhalten ist[16]). Die betreffenden Schulden sind unbezahlt; sie sind dem Abgeschichteten nur rechnerisch zur Last geschrieben. Demgemäß bildet den Schlußstein der Abschichtung die Vorschrift, daß die zurückbleibenden Gesellschafter verpflichtet sind, den Ausscheidenden von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien, also die letzteren für ihn zu tilgen oder ihm, wenn er in Anspruch genommen wird, dazu die nöthigen Mittel zur Verfügung zu stellen[17]). Soweit die Schulden noch nicht fällig sind[18]), kann der Ausscheidende Sicherheitsleistung verlangen[19]). § 738 Abs. 1.

2. An den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften nimmt der Abgeschichtete noch weiter Theil: also an dem sich daraus ergebenden Gewinne oder Verluste. Daß der Abgeschichtete nicht mehr zur Gesellschaft gehört, zeigt sich vor Allem darin[20]), daß er

a) auf die Führung der betreffenden Geschäfte keinen

---

12) § 284 oben. Daraus ergibt sich, was der Ausscheidende als Abfindung für seine Einlagen und seinen Gewinnantheil (§§ 733, 734) zu fordern hat.

13) Die Berechnung (Note 12) mündet auf das Ergebniß des § 735 BGB.

14) Dagegen ist die Vorschrift des § 735 Satz 2 hier nicht anwendbar, daß, wenn mehrere Gesellschafter in dieser Weise ausscheiden, der Verlustantheil eines Zahlungsunfähigen nach Verhältniß auf die übrigen Ausscheidenden zu vertheilen ist.

15) Wie die Auseinandersetzung. S. o. § 284 bei Note 3.

16) S. § 733 Abs. 1 BGB. u. oben § 284 Ziff. 3.

17) Die Verpflichtung besteht gegenüber dem Ausgeschiedenen.

18) Bestrittenheit der Schuld wird der mangelnden Fälligkeit gleichzustellen sein.

19) S. o. Bd. I § 134. — Bei fälligen Schulden also sofortige definitive Erledigung (durch Zahlung, Aushändigung des Betrages an ihn selbst ꝛc.). Dies folgt a fortiori aus § 738 Abs. 1 i. f.

20) Zur Geltendmachung der Gesellschaftsrechte gegen Dritte bedarf es keiner Zustimmung des ausgeschiedenen Gesellschafters. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 125.

Einfluß mehr hat, die zurückbleibenden vielmehr diese Geschäfte so führen dürfen, wie es ihnen am vortheilhaftesten erscheint[21]). § 740 Abs. 1;

b) daß der Ausgeschiedene auch nicht wie ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener Gesellschafter sich von dem Stand dieser Geschäfte persönlich unterrichten und Einsicht der Geschäftsbücher verlangen kann[22]), sondern wie ein fremder Geschäftsherr[23]) auf Auskunftsertheilung und Rechenschaftsablage[24]) verwiesen ist. Auskunft und Rechenschaft ist dem Ausgeschiedenen am Schlusse eines jeden Geschäftsjahrs der fortbestehenden Gesellschaft[25]) zu ertheilen. Letzterer hat Anspruch auf Auszahlung der danach auf ihn entfallenden Beträge[26]). § 740 Abs. 2.

II. Der Gesellschaftsvertrag[27]) kann auch den Eintritt neuer Gesellschafter vorsehen und für die Aufnahme derselben Bestimmungen treffen[28]). Die Gesellschaft löst sich dann durch die Aufnahme des neuen Gesellschafters nicht auf[29]); das alte Gesellschaftsvermögen bleibt bestehen. Der neu aufgenommene Gesellschafter tritt in die Rechte und Verpflichtungen dieses Vermögens ein, indem er durch die Aufnahme in die Gesellschaft daran betheiligt wird[30]). Insofern

---

21) S. übrigens unten Note 23 u. § 708 BGB.

22) Da der Ausgeschiedene nicht mehr Gesellschafter ist, hat er nicht mehr die Rechte aus § 716 BGB.

23) Nach Art des § 666 BGB. S. o. § 252 zu Note 24 ff. — Aus dem Gesagten folgt, daß die zurückbleibenden Gesellschafter die schwebenden Geschäfte nicht schlechthin nach Gutdünken erledigen können.

24) S. Bd. I §§ 136 ff.

25) Bei demnächstiger Auflösung bildet die Befriedigung des früher Abgeschichteten einen Inzidentpunkt der Auseinandersetzung für die derzeitigen Gesellschaftsmitglieder (eine gemeinschaftliche Schuld: § 284 Ziff. 3).

26) Ergiebt sich ein Verlust aus den betreffenden Geschäften, so hat der Ausgeschiedene entsprechend zu dessen Deckung beizutragen. § 740 Abs. 1.

27) Ohne besondere Festsetzung, s. u.

28) Die Beschlußfassung über die Aufnahme kann danach den geschäftsführenden Gesellschaftern übertragen sein.

29) Der Beweis hierfür ist schon oben Bd. I § 55 geführt worden. Die Möglichkeit von Vereinen ohne Rechtsfähigkeit mit wechselnder Mitgliederzahl beruht überhaupt auf diesem Satze. Zustimmend Gierke, Vereine S. 25 ff., Hellwig, Anspruch u. Klagr. S. 282, Rechtskraft S. 207, Joerges S. 211 ff., Knoke, Archiv f. bürg. Recht Bd. 20 S. 170 ff. (gegen Gesellschaftsr. S. 131), Dernburg § 362 Ziff. III, Cosack § 269 (gegen die 2. Aufl.) A. M. Planck vor § 705 u. § 736 Note 2.

30) Zur gesammten Hand, wie alle Gesellschafter. Versteht man nach Note 7 den Ausschluß eines Gesellschafters auch hinsichtlich der Immobilien mit dinglicher Wirkung, so muß hier dasselbe geschehen. (Das Gesetz schweigt.) Bis zur Berichtigung des Grundbuchs äußert der Bucheintrag seine gewöhnlichen Wirkungen.

muß er die Folgen der früheren Geschäftsführung ꝛc. anerkennen[31]). Dagegen haftet er mit seinem sonstigen Vermögen den Gesellschaftsgläubigern regelmäßig nur für diejenigen Schulden, die er entweder selbst gemacht hat oder die seit der Zeit seines Beitritts[32]) ordnungsmäßig begründet worden sind. — Ebenso kann durch nachträglichen Vertrag aller Gesellschafter mit einem Dritten über dessen Eintritt die Gesellschaft erweitert werden.

II. Gemeinschaft*.

§ 286.

A. Begriff und Arten. Rechtsverhältnisse während Bestehens der Gemeinschaft.

I. Ein Recht kann mehreren Personen auch aus anderem als gesellschaftlichem Grunde zusammen zustehen[1]). Hier spricht man von Gemeinschaft. Sie ist das außerkontraktliche Gegenstück der Gesellschaft und wird letzterer zweckmäßig angereiht[2]). Die bloße Thatsache, daß ein gewisses Recht mehreren Personen gemeinschaftlich ist[3]), erzeugt unter ihnen Rechtswirkungen nach Art des Gesellschaftsverhältnisses[4]).

---

31) Dies liegt auch schon im Beitritt. Vgl. Bd. I § 55 Ziff. 1.

32) Für Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger aus früherer Zeit kann er persönlich nicht haften, da die bloße Betheiligung am Gesellschaftsvermögen für die Haftung gegen Dritte überhaupt nicht entscheidet. S. o. § 282 II bes. Ziff. 1. — Anders wenn der Beitritt mit einer Schuldübernahme oder einem Vertrag zu Gunsten Dritter verbunden war, und generell bei Handelsgesellschaften. S. § 130 HGB. u. Knoke, Archiv S. 181 ff.

*) Vgl. Eck, Die doppelseitigen Klagen d. röm. u. gem. Rechts (1870); Eisele, Miteigenthum im Archiv f. civ. Praxis Bd. 63 S. 27; Steinlechner, Das Wesen der iuris communio (1878); Rümelin, Theilung der Rechte (1883); v. Seeler, Miteigenthum (1899) bes. Kap. 1 u. 3; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht (1900) S. 182 ff.; Joerges in der oben § 280 cit. Schr. — Dernburg §§ 368 ff.; Endemann I § 182; Cosack §§ 271 ff.; Mathiaß I § 139; Enneccerus I §§ 315 ff.

1) Zufällig, oder durch Vererbung eines Rechts auf mehrere Personen. S. auch unten Note 3.

2) Aehnlich wie dem Auftrag die sog. unbeauftragte Geschäftsführung. S. o. §§ 253, 254 ff.

3) Z. B. der in einer fremden Sache gefundene Schatz ist dem Eigenthümer der ersteren und dem Finder gemeinschaftlich (§ 984 BGB.); durch Vermischung oder Vermengung von Sachen kann ein gemeinschaftliches Eigenthum entstehen. (s. §§ 947 ff. 963 BGB.); ein auf Grund nichtigen Gesellschaftsvertrags zusammengebrachtes Vermögen ist den Theilhabern gemeinschaftlich. Auch die Fälle der §§ 921, 923 BGB. gehören hierher. Oder ein Gegenstand wird mehreren Personen zusammen geschenkt u. s. w.

Allerdings ist diese Analogie keine vollkommene. Sie geht sogar in den verschiedenen Gemeinschaftsfällen nicht überall gleich weit. Im Prinzip muß man sagen, daß hier, wo kein Gesellschaftszweck zu erreichen steht, auch jene Absonderung des Gemeinschaftsvermögens von dem übrigen Vermögen der Betheiligten nicht erforderlich ist, die unser heutiges Gesellschaftsrecht kennzeichnet. Das gemeinschaftliche Recht ist regelmäßig nicht in einen bestimmten Zweck gebunden und diesem zu erhalten: es bedarf daher auch nicht der gesellschaftlichen Vereinigungsform (zur gesammten Hand), die diese Erhaltung ermöglicht[5]). Vielmehr genügt die gewöhnliche Gemeinschaft nach Bruchtheilen[6]). Das gemeinschaftliche Recht ist also hier nicht zu einem Sondervermögen der Betheiligten konzentrirt, sondern der Antheil des Einzelnen an der Gemeinschaft gehört ungetrennt zum sonstigen Vermögen des Betheiligten und bildet eine besondere Werthziffer. Dies ist der Bruchtheil (pars rata), der ihm an der Gemeinschaft zusteht. § 741 BGB. Der Bruchtheil ist vererblich und veräußerlich, auch regelmäßig durch individuelles Theilungsverlangen realisirbar. §§ 747, 749. Die thatsächliche Gemeinschaft drängt in den meisten Fällen mehr auf Lösung des Verhältnisses, als auf dessen Zusammenhalt[7]).

---

4) Unter den Theilhabern selbst und in gewissem Umfang sogar gegen Dritte.

5) S. o. § 280 Ziff. 2.

6) S. o. Bd. I § 29 Note 24. Joerges Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 49 S. 200. — Immerhin ist auch dieses Verhältniß im Einzelnen besser organisirt worden, als es im röm. Recht der Fall war. Detailvorschriften über die zweckmäßige Verwaltung des gemeinschaftlichen Rechts fehlten dort fast gänzlich (nur Maßregeln zur Erhaltung konnte jeder Betheiligte allein treffen resp. von den anderen fordern: vgl. z. B. l. 52 § 10 Dig. pro socio 17, 2). Abgesehen davon mußten die Betheiligten sich einigen (melior est prohibentis condicio); und wer sich dabei nicht wohl befand, konnte, wenn er nicht einfach seinen Antheil veräußerte, hauptsächlich nur auf Theilung klagen. Das Damoklesschwert der Theilung, unter dem die Genossen stehen, und das sie sich zu vertragen zwingt, beherrscht so sehr die ganze Situation, daß fast alle Ansprüche der Genossen aus der Gemeinschaft mit der Theilungsklage (actio communi dividundo, familiae erciscundae) verfolgt werden. Vgl. l. 8 § 2, l. 12, 23 Dig. comm. div. 10, 3 ꝛc. — Unser Gesetz gibt (nach dem Vorbild des Preuß. Landrechts) außer dem Theilungsanspruch auch einige andere Vorschriften während bestehender Gemeinschaft, und ermöglicht dadurch einen objektiveren Bestand des Verhältnisses als dies im röm. Recht der Fall war.

7) In der That sind es die Umstände, die das Interesse der Betheiligten am Einen oder Anderen hervorrufen. Ist auch mittelst der Vorschriften über die ordnungsmäßige Verwaltung der Gemeinschaft (Note 6 i. f.) ein gedeihliches Zusammenleben der Betheiligten nicht zu erzielen (nicht umsonst sagt man: communio est mater rixarum), so wird der Einzelne auf Theilung drängen. Aehnlich wenn aus anderem Grunde (z. B. wegen Steigens der Preise) die Lösung der Gemeinschaft gerade jetzt vortheilhaft ist. Anders wenn sie un-

Immerhin gibt es Gemeinschaften, auf welche die obigen Regeln nicht zutreffen. Diese Fälle sind **Ausnahmen**, und **scheiden hier aus**. Sie gehören besonderen Rechtsdisciplinen an und sind in Zusammenhang mit diesen zu behandeln[8]). Im Interesse des Instituts, bei dem diese Gemeinschaften vorkommen[9]), ist ein gewisser Zusammenhalt des Vermögens, also Absonderung von dem übrigen Vermögen der Gemeinschafter (ähnlich wie bei Gesellschaften) erforderlich. Die betreffenden Gemeinschaften sind daher nicht Gemeinschaften nach Bruchtheilen, sondern zu gesammter Hand. Hierhin gehört die **eheliche Gütergemeinschaft**[10]) und die **Erbengemeinschaft**[11]). Diese beiden Gemeinschaften sollen nicht willkürlich aufgelöst werden können, sondern sollen **dauern, bis sie nach besonderen dafür aufgestellten Grundsätzen endigen**[12]). Dies bedingt ihre Absonderung vom übrigen Vermögen der Gemeinschafter[13]). Uebrigens ist nach dem heutigen Gesetz[14]) nur die Erbengemeinschaft eine eigentliche Gemeinschaft im obigen Sinne (durch den Tod des Erblassers geht das Recht des Erblassers **von selbst** auf mehrere Personen über). Die eheliche Gütergemeinschaft beruht heutzutage auf einem **Vertrage** der Ehegatten[15]), hat also ihr Vorbild viel mehr in der Gesellschaft als im gewöhnlichen Gemeinschaftsverhältnisse.

Die Möglichkeit von nicht nach Bruchtheilen gestalteten Gemeinschaften hält auch § 741 BGB. ausdrücklich offen. Daß es sich dabei um Ausnahmen handelt, ergibt deutlich der Wortlaut.

II. **Die Gemeinschaft nach Bruchtheilen**, um die es sich im Folgenden allein handelt[16]), tritt ein ohne Rücksicht auf die Art des

vortheilhaft ist, z. B. weil der gemeinschaftliche Gegenstand, der in Natur nicht theilbar ist, sich zur Zeit nur schwer oder mit Verlust verkaufen läßt.

8) Während das röm. Recht alle Gemeinschaften gleich behandelte, also aus dem besonderen Entstehungsgrund der Gemeinschaft keine wesentliche Verschiedenheit für die Gestaltung des Verhältnisses herleitete. Immerhin unterschied man auch dort schon die actio familiae erciscundae (für gemeinschaftliche Erbschaften) von der actio communi dividundo. S. o. u. tit. Dig. 10, 2 u. 3.

9) Der Ehe; der Regulirung des Nachlasses eines Verstorbenen (s. u.).

10) In ihren verschiedenen vorkommenden Gestaltungen: als allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschafts- und Fahrnißgemeinschaft. S. §§ 1438 ff., 1519 ff., 1549 ff. BGB.

11) § 2032 BGB. — S. schon oben Bd. I § 29 Note 25.

12) Dann bedarf es also wieder eines besonderen Verfahrens: der sog. Liquidation.

13) Uebrigens auch in diesen beiden Fällen nicht in allen Beziehungen gleichmäßig. Vgl. z. B. § 1442 gegen § 2033 BGB. Das Nähere gehört in die betreffenden Lehren.

14) Im Gegensatz zum früheren Recht, wo auch die eheliche Gütergemeinschaft vielfach unmittelbar auf dem Gesetze beruhte.

15) Dem sog. Ehevertrag. S. §§ 1432 ff., 1437 ꝛc. BGB.

Rechts, an welchem die Gemeinschaft besteht. § 741 BGB. Es kann ein dingliches Recht sein (insbesondere das Eigenthum an Sachen)[17]) oder ein anderes Recht, z. B. Urheberrechte, Forderungen, die von den Gläubigern nur gemeinschaftlich eingezogen werden können[18]) oder selbst der Besitz[19]). — Der Bruchtheil bezieht sich auf den Antheil der Berechtigung des einzelnen Betheiligten; nicht auf ein (ausschließliches) Recht desselben an irgend einem Theil des Gegenstandes, an welchem die Gemeinschaft besteht. Dies ist besonders für das Verständniß des Miteigenthums wichtig[20]). Die Gemeinschaft des Eigenthums läßt die Sache vollkommen ungetheilt, an der es besteht[21]). Vielmehr ist das Eigenthumsrecht als solches getheilt[22]); es steht den Miteigenthümern gemeinschaftlich zu[23]). Die Gemeinschaft des Eigenthums ist (wie das Eigenthum selbst) ein dingliches Recht. Dies schließt die Anwendung der nachfolgenden Regeln auf das Verhältniß jedoch nicht aus: im Gegentheil, das Miteigenthum bildet einen Hauptfall dieser Gemeinschaft. Die dingliche Seite des Verhältnisses ist hier nicht zu erörtern[24]), sondern nur das für alle Gemeinschaftsfälle immer wiederkehrende gleiche Recht der Genossen.

1. Man hat behauptet, daß die Regeln des Gesetzes über die Ge-

16) Ueber ihre Entstehung s. o. bei Note 3.

17) Uebrigens bestehen für die Gemeinschaft des Eigenthums (das sog. Miteigenthum) in §§ 1008 ff. BGB. einige Sondervorschriften. S. u.

18) Ueber die Konstruktion s. o. § 139 Note 9 ff., § 209 zu Note 10. Aehnlich ist der Fall zu behandeln, da eine theilbare Vermögenspost aus einem besonderen Grunde nur für alle Gläubiger zusammen eingezogen werden kann. Die Gemeinschaft besteht trotz Mehrheit der Schuldverhältnisse als ein die letzteren sämmtlich umschlingendes wirthschaftliches Band. Dasselbe schützt jeden Berechtigten davor, daß Einzelne die Leistung ganz oder theilweise zu ihrem ausschließlichen Vortheil einziehen können. — Der Ausdruck „gemeinschaftliche Forderung" in § 754 BGB. ist wie der ähnliche in § 423 von dem gesammten Verhältniß zu verstehen. S. § 139 zu Note 7.

19) Da auch dieser in gewisser Beziehung als Rechtsverhältniß erscheint. S. darüber das Sachenrecht. Es entsteht der sog. Mitbesitz. S. dazu auch § 866 BGB.

20) S. o. Note 17 u. Bd. I § 59 Ziff. II.

21) Nicht etwa ist jeder Miteigenthümer Herr eines ausschließlichen, wenn auch gedachten Theiles der Sache.

22) Schon die Römer heben dies hervor. Vgl. l. 5 § 15 Dig. comm. 13, 6: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso .... dominium habere. Irrig Wächter im Archiv f. civ. Praxis Bd. 27 S. 163. — Ebensowenig ist der Werth der Sache unter den Mitberechtigten getheilt. S. Eck S. 93 und Krit. Vjschr. Bd. 19 S. 231.

23) Im Sinne des § 741 BGB.

24) Wie beim Vorkaufsrecht 2c. S. o. § 228. — Die Lehre vom Miteigenthum gehört dem Sachenrecht an. Nach der Anordnung des Textes handelt es sich dort aber nur um einzelne Zusätze und Modifikationen der nachfolgenden Regeln, die mit den das Eigenthum selbst beherrschenden Rechtssätzen zusammenhängen und daher vor deren Kenntniß nicht verständlich sind.

meinschaft „zwingendes Recht" darstellten[25]). Dies ist ein Mißverständniß. Das gesetzliche Gemeinschaftsrecht der §§ 741 ff. BGB. ist subsidiäres Recht insofern, als es eintritt, wo alle näheren Bande unter den Theilhabern fehlen, also insbesondere keinerlei vertragliche Verabredung über die Gemeinschaft und ihre Zwecke unter den Theilhabern getroffen ist[26]). Ein solcher Zweck fehlt meistens gänzlich[27]). Daß aber vertragliche Verabredungen über die Behandlung der Gemeinschaft im Ganzen wie im Einzelnen dadurch ausgeschlossen seien, ist (innerhalb der allgemeinen Vertragsgrenzen) zu verneinen. Eine andere Frage ist es, ob danach noch Gemeinschaft in unserem Sinne vorliegt. Dies hängt vom näheren Inhalt der getroffenen Vereinbarung ab[28]).

2. Dieser Mangel näherer individueller Beziehung der Theilhaber untereinander rechtfertigt auch die regelmäßige Gleichheit der Antheile an der Gemeinschaft. § 742 BGB. Abweichungen können sich aus dem besonderen Entstehungsgrunde der Gemeinschaft[29]) oder besonderen Verabredungen der Betheiligten ergeben[30]).

III. Während Bestehens der Gemeinschaft[31]) kann

1. jeder Theilhaber einen seinem Antheil entsprechenden Theil der Früchte des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen[32]). Und zwar reell, sobald die Früchte zur Vertheilung kommen[33]); bis dahin steht jedem Theilhaber ein seinem Gemeinschaftsantheil entsprechender Bruchtheil auch an den Früchten zu. § 743 Abs. 1[34]). Entsprechend

25) Oertmann vor § 741 Note 2; Mathiaß § 139 Ziff. I.

26) Oder das Gesetz das betreffende Gemeinschaftsverhältniß besonderen Regeln unterwirft (s. o.).

27) Die Gemeinschaft ist eine sog. communio incidens.

28) So kann z. B. die nachträgliche Verabredung von der Art sein, daß sie die ursprüngliche zufällige Gemeinschaft zur Gesellschaft umwandelt (indem sie der Gemeinschaft einen Zweck unterlegt, im Hinwirken auf den die Verwaltung geführt werden soll). Anders wenn die Verwaltung nur im Sinne des § 746 BGB. geregelt wird. — Es handelt sich um Fragen der thatsächlichen Auslegung.

29) Z. B. aus dem Umfang der vermischten, ehemals den verschiedenen Betheiligten gehörigen Bestandtheile. S. z. B. §§ 947, 948, 963 BGB. — Eine Sondervorschrift in § 1109 BGB.

30) Z. B. wenn ein Betheiligter dem anderen seinen Antheil abtritt.

31) Und wesentlich zu dessen besserer Ermöglichung. S. o. Note 6.

32) Wie schon nach älterem Recht.

33) Z. B. unmittelbar nach Gewinnung oder dem sonstigen Verfall der Früchte.

34) Z. B. wer Eigenthümer eines Landguts oder einer Aktie zur Hälfte ist, hat auch auf die Hälfte der Ernte resp. der auf die Aktie zur Auszahlung gelangenden Dividende Anspruch. — Uebrigens sind die Früchte auch hier nur unter Abzug der Gewinnungskosten (Bd. I § 70 Note 12) zu verstehen, sofern diese Kosten nicht als besondere Lasten der Gemeinschaft zur Verrechnung kommen.

trägt er die Lasten[35]) des gemeinschaftlichen Gegenstandes, die Kosten der Verwaltung und Benutzung desselben (s. u.) nach Verhältniß seines Antheils. § 748.

Was den Gebrauch anlangt, so läßt sich dieser nicht stets in so genauer Weise theilen. Jeder Theilhaber hat daher die Befugniß des Gebrauchs, soweit er dadurch nicht den Gebrauch der übrigen Theilhaber beeinträchtigt. § 743 Abs. 2. Ob und inwieweit dies der Fall, ist Thatfrage[36]). Mehr als anderswo müssen sich hier die verschiedenen Theilbaber verständigen[37]), soweit nicht die Art des Gebrauchs durch Mehrheitsbeschluß der Theilhaber oder gerichtlich geregelt ist (Ziff. 2).

2. Was diese Regelung angeht, so ist sie zunächst selbstverständlich der vertraglichen Festsetzung sämmtlicher Theilhaber anheimgegeben. Für diese bestehen keine anderen als die allgemeinen Vertragsvorschriften[38]). Die Regelung bezieht sich auf Gebrauch und Fruchtziehung, also die sog. Nutzungen des gemeinschaftlichen Gegenstandes[39]) — sodann auf dessen Verwaltung. Darunter versteht man eine fortlaufende Behandlung des gemeinschaftlichen Gegenstandes wie sie seiner Natur und wirthschaftlichen Bestimmung entspricht: Maßregeln zum Zweck seiner Erhaltung, zur Gewinnung der oben besprochenen Nutzungen u. dgl.[40]).

Kommt es zu keiner Einigung, so steht die Verwaltung grundsätzlich allen Theilhabern gemeinschaftlich zu[41]). § 744 Abs. 1[42]). Jede einzelne Verwaltungsmaßregel bedarf der Zustimmung sämmtlicher Theilhaber oder kann wenigstens durch das Veto eines Einzelnen ge-

---

35) Ueber den Begriff der Lasten s. § 103 BGB. u. oben Bd. I § 69 i. f.

36) Es gibt beschränkte und unbeschränkte Gebrauchsmöglichkeiten. Ein Haus kann man meist nur getheilt oder nach getrennten Zeitabschnitten bewohnen; das bloße Aufhalten in einem Raume ist meist mehreren Personen gleichzeitig möglich. Ein Reitpferd kann immer nur Einer benutzen, einen vierspännigen Wagen unter Umständen auch 4 Personen zugleich. Vgl. dazu Rümelin, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 28 S. 464.

37) Z. B. durch die Verabredung eines abwechselnden Gebrauchs u. dgl.

38) S. insbes. Bd. I §§ 79, 85 ꝛc.

39) S. § 100 BGB. u. oben Bd. I § 69 i. f.

40) Also eine der Geschäftsführung bei der Gesellschaft vergleichbare, aber naturgemäß qualitativ und quantitativ viel geringere Thätigkeit, weil kein besonderer Gemeinschaftszweck zu erreichen steht.

41) Wie bei der Gesellschaft die Geschäftsführung. § 709 Abs. 1 BGB. — Es handelt sich nicht um ein Sonderrecht der Einzelnen, wie bei Gebrauch und Fruchtziehung.

42) Uebrigens kann die Verwaltung auch einem oder einigen Theilhabern oder einem Dritten übertragen werden. Dann gelten die Regeln der Geschäftsbesorgung.

hindert werden[43]). Ist keine Verständigung zu erzielen, so bleibt als letzter Ausweg nur die Theilung (§ 749). Jedoch darf

a) jeder Theilhaber die zur Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstands erforderlichen Maßregeln[44]) ohne Zustimmung der anderen, also allein treffen. Die Wirksamkeit dieser Maßnahmen, insbesondere deren Verbindlichkeit für die übrigen Theilhaber[45]) wird auch durch stattgefundenen Protest nicht gehindert. Ebenso kann der Handelnde von den anderen Theilhabern die vorherige Einwilligung zu der Maßregel verlangen[46]), also auch eventuell darauf klagen[47]). § 744 Abs. 2 BGB.

b) Eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstands entsprechende, ordnungsmäßige Verwaltung[48]) und Benutzung[49]), resp. die dazu dienenden Maßnahmen, können mangels Erzielung einer völligen Einigung auch durch Stimmenmehrheit beschlossen werden[50]). Die Mehrheit ist nach Größe der Antheile zu berechnen[51]). Ein ordnungsmäßiger Beschluß und die auf Grund desselben vollzogenen Maßnahmen sind für die anderen Theilhaber verbindlich[52]). Darüber

---

43) Die Beseitigung einer Maßnahme, die ohne Einspruch der übrigen Genossen vollzogen wurde, wird auch im heutigen Rechte nur gefordert werden können, wenn dies im gemeinschaftlichen Interesse liegt. Soweit sie dem Schweigenden erkennbar war, hat sie unter Umständen als konsentirt zu gelten (s. Bd. I § 86 Ziff. 3). Auch aus dem Gesichtspunkt der auftraglosen Geschäftsführung (oben §§ 254 ff.) oder des § 745 Abs. 2 BGB. läßt sich der Hauptsatz folgern. Vgl. schon römisch l. 28 Dig. comm. div. 10, 3.

44) Was zur Erhaltung nothwendig ist, ist Thatfrage. Es entscheidet die objektive Sachlage, nicht subjektives Ermessen des Handelnden. Z. B. dringende Reparaturen, Verkauf verderblicher Objekte u. dgl.

45) Direkte oder indirekte, je nach der Art der Maßregel und deren Vornahme! Hierüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze.

46) Dies ist wichtig, um das Risiko des Handelnden auszuschließen, daß die Maßregel nachher vom Gericht doch nicht als zur Erhaltung nothwendig anerkannt wird, sowie um dem Handelnden Vollmacht zu geben, auch im Namen der anderen Theilhaber aufzutreten. Vgl. schon l. 12 Dig. comm. div. 10, 3.

47) Vollstreckung des Urtheils nach § 894 CPO.

48) Was dazu gehört, ist Thatfrage. Z. B. Vermiethung, Verpachtung des gemeinschaftlichen Gegenstandes, unter Umständen auch Meliorationen können dahin gehören.

49) Hierwegen s. schon oben Ziff. 1.

50) Doch ist der Beschluß für die Minorität nur bindend, wenn er inhaltlich von der bezeichneten Art ist. Darüber können die anderen Theilhaber ein Erkenntniß des Gerichts erwirken. S. u. Note 54. (Um eine Anfechtungsklage wider den Beschluß handelt es sich hier ebensowenig als Bd. I § 51 Note 45 ff. bei gesetzwidrigen Vereinsbeschlüssen. Irrig hat man geschlossen, ich wolle dort jede Klage leugnen. Der Text sagt deutlich das Gegentheil.)

51) Also nicht schlechthin nach Köpfen. S. jedoch § 742 BGB. u. oben vor Ziff. II.

52) Aehnlich wie oben bei Note 44 ff.

hinaus bleibt ihr Protest wirksam[53]) und die Widersprechenden können die Folgen der Maßregel von sich ablehnen[54]). Doch gibt es noch zwei Schranken der Beschlußfassung[55]):

α. eine wesentliche Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstandes[56]) kann (auch wenn sie im obigen Rahmen läge) nicht durch Mehrheitsbeschluß in's Werk gesetzt werden;

β. das Sonderrecht des Einzelnen auf seinen Antheil an den Nutzungen (Ziff. 1) kann keinem Theilhaber ohne seine Zustimmung[57]) entzogen oder beeinträchtigt werden[58]). § 745 Abs. 3.

c) Umgekehrt kann, wenn eine Vereinbarung oder ein Mehrheitsbeschluß in Ansehung der Verwaltung nicht zu erzielen ist, jeder einzelne Theilhaber eine dem Interesse Aller entsprechende Verwaltung und Benutzung fordern, so wie sie sich nach billigem Ermessen ergibt. § 745 Abs. 2. Das Verlangen entspricht dem oben (lit. a) genannten[59]), geht aber weiter, indem es Maßregeln allgemeiner Natur und solche der Zweckmäßigkeit umfaßt. Das Verlangen ist im Streitfalle durch Klage gegen die anderen Theilhaber durchzusetzen[60]). Uebrigens sind dem Verlangen gleiche Schranken wie den Mehrheitsbeschlüssen gesetzt[61]). § 745 Abs. 3.

3. Sowenig wie ein Theilhaber gegen den Willen der anderen

---

53) Es entscheidet die objektive Sachlage, nicht subjektives Ermessen der Betheiligten. — Auf bloße „Unzweckmäßigkeit" einer Maßregel kann sich Niemand berufen.

54) Sei es (vor der Ausführung) durch Feststellungsklage, oder (hinterher) durch Leistungsklage oder Vertheidigung auf die Leistungsklage anderer Betheiligten. Ebenso bei der Theilung der Gemeinschaft.

55) Eine Einigung sämmtlicher Betheiligten ist an diese Schranken nicht gebunden.

56) Eine physische, oder Veränderung der wirthschaftlichen Zweckbestimmung. Z. B. Umwandlung des Feld- in ein Baugrundstück, Umbau eines Hauses.

57) Nachträgliche Zustimmung macht die Maßregel gültig. S. o. Bd. I § 82.

58) Dagegen kann der Nutzungsmodus (z. B. durch geeignete Zeitbestimmung, Abwechselung u. dgl.) mittelst Mehrheitsbeschlusses festgestellt werden, wenn nur das Quantum der Nutzungen nicht dadurch beeinträchtigt wird.

59) Bei Note 46 ff.

60) Die vorgeschlagenen Maßregeln (z. B. Verpachtung, Sequestration des gemeinschaftlichen Gegenstands) sind in der Klage zu bezeichnen. Das Gericht entscheidet nach freiem Ermessen, ob sie einen dem Interesse aller Theilhaber entsprechenden Modus der Verwaltung und Benutzung darstellen. Statt einfacher Verneinung steht den anderen Theilhabern frei, abweichende Maßregeln vorzuschlagen (in Form einer Widerklage). — Hierzu kommt es aber nur, wenn die anderen Theilhaber nicht untereinander einen Mehrheitsbeschluß (im Sinne lit. b) zu Stande bringen. Durch Zustandekommen eines solchen wird der erste Theilhaber klaglos gestellt. Doch wird er jetzt die Klage in eine solche der bei Note 50 bezeichneten Art umwandeln können.

61) S. o. lit. b bei α u. β.

wesentliche Veränderungen des gemeinschaftlichen Gegenstandes vornehmen darf, ebensowenig kann er ohne deren Zustimmung über den gemeinschaftlichen Gegenstand[62]) verfügen, z. B. ihn veräußern[63]). Vielmehr kann dies nur durch sämmtliche Theilhaber gemeinschaftlich geschehen[64]). — Dagegen kann jeder Theilhaber über das ihm an der Gemeinschaft zustehende Theilrecht (seinen Antheil) verfügen, z. B. denselben veräußern, verpfänden, mit einer Reallast oder einem Vorkaufsrecht beschweren[65]); also auf diese Art auch selbst aus der Gemeinschaft ausscheiden und einen Anderen an seine Stelle setzen[66]), resp. die gegen die Mitgenossen zustehenden Rechte mit einem Anderen theilen[67]). S. § 747 BGB. u. z. B. §§ 1095, 1106, 1114, 1192 eod. Ebenso ist der Antheil des Gemeinschafters der Zwangsvollstreckung seiner Gläubiger unterworfen[68]). Entgegenstehende Vereinbarungen der Theilhaber[69]) haben nicht die Kraft, die trotzdem geschehene[70]) Verfügung zu hindern, sondern wirken nur obligatorisch unter den Betheiligten[71]). Arg. §§ 137, 747.

4. Anders verhält es sich mit den Beschlüssen über die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes, sofern sie nur unter den Theilhabern ordnungsmäßig (durch Vertrag oder Mehrheitsbeschluß) zu Stande gekommen[72]) oder auf Klage eines Mitglieds rechtskräftig durch das Gericht für alle Theilhaber getroffen sind[73]). Diese Beschlüsse binden auch die Rechtsnachfolger der

62) Oder irgend einen reellen Theil desselben.

63) S. über den Begriff der Verfügungen oben Bd. I § 74 Note 16 ff.

64) Wobei jedoch Genehmigung (wie regelmäßig) hinreicht. S. Bd. I § 84. — Mehrheitsbeschlüsse sind ebenso unwirksam wie der Akt eines Einzigen.

65) Dagegen haben die übrigen Theilhaber beim Verkauf des Antheiles an einen Dritten nicht (wie nach ehemal. preuß. Recht) ein gesetzliches Vorkaufsrecht. Anders nur bei der Erbengemeinschaft (§ 2034 BGB.).

66) Oder auch nicht. Bei einfachem Verzicht auf den Antheil dehnen sich die Theilrechte der anderen Genossen entsprechend aus.

67) Wogegen ein sog. Untergesellschafter gegen die Mitgesellschafter seines Kontrahenten keine direkten Rechte erlangt. S. o. § 281 i. f.

68) Arg. § 751 S. 2 BGB. u. unten Ziff. 4.

69) Soweit es sich dabei noch um gewöhnliche Gemeinschaft handelt. S. o. Note 28.

70) Resp. im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungene.

71) Eventuell entsteht ein Schadensersatzanspruch gegen den Zuwiderhandelnden ꝛc. S. o. Bd. I § 85 Ziff. 4.

72) S. o. Ziff. 2. Dagegen gehören nicht hierher die Fälle, da nur ein Theilhaber gegen die anderen auf Vornahme einer Maßregel bestehen darf (vgl. §§ 744 i. f., 745 Abs. 2). Anders wenn das Gericht darauf entschieden hat (s. gleich unten).

73) Zustimmend Dernburg § 369 i. f., Planck § 746 Note 2 u. A. A. M. Oertmann eod. Note 1. Doch kann das Gericht bei Aenderung der Verhältnisse auch selbst den von ihm gefaßten Beschluß ändern.

Theilhaber[74]), also den Erwerber, Pfandgläubiger ꝛc. des Antheils, gleichgültig ob dieselben den Beschluß gekannt haben[75]); und ebenso kann der Erwerber sich auf die dadurch den anderen Theilhabern gegenüber zu Gunsten seines Vormanns begründeten Rechte berufen. § 746[76]).

Aehnlich verhält es sich mit einem unter den Genossen verabredeten Ausschluß der Theilung. Soweit ein solcher Beschluß überhaupt zulässig ist[77]), soll er nicht durch einseitige Veräußerung des Antheils eines Socius[78]) illusorisch gemacht werden können[79]). Demgemäß wirkt auch der vertragsmäßige Theilungsausschluß oder die Bindung der Theilung an eine bestimmte Kündigungsfrist für und gegen die Sondernachfolger der einzelnen Theilhaber[80]). § 751 S. 1 BGB.[81]). Guter Glaube des Rechtsnachfolgers beeinflußt dies nicht[82]). Dagegen soll der Theilungsausschluß nicht zu einer Verkürzung der Gläubiger der einzelnen Theilhaber führen[83]), also nicht das in der Gemeinschaft steckende Vermögen der letzteren der Zwangsvollstreckung entziehen[84]). Vielmehr können die Gläubiger eines Theilhabers, die dessen Antheil an der Gemeinschaft gepfändet haben[85]), ohne Rücksicht auf den

---

74) Die allgemeinen Rechtsnachfolger selbstverständlich immer. Das Interesse besteht gegenüber dem Sonderrechtsnachfolger.

75) Weil andernfalls der ganze Beschluß durch eine Verfügung über den Antheil illusorisch gemacht werden könnte. Die Bestimmung des § 746 ist erst in II. Lesung eingefügt. Ausnahmen zu Gunsten des guten Glaubens sind absichtlich nicht gemacht. Wer ein Theilrecht erwirbt, mag sich erkundigen. — Durch den über die Verwaltung und Nutzung getroffenen Beschluß wird eine dem Theilrecht sämmtlicher Genossen inhärirende Beschränkung geschaffen.

76) Beim Miteigenthum an Grundstücken übrigens nur, wenn der Beschluß als Belastung des Antheils in das Grundbuch eingetragen ist. S. § 1010 Abs. 1 BGB.

77) S. darüber § 749 BGB. u. unten § 287 Note 7 ff.

78) Die allgemeinen Rechtsnachfolger des socius sind selbstverständlich auch hier an die von ihrem Autor geschlossene Vereinbarung gebunden. S. o. Note 74.

79) Indem der Sonderrechtsnachfolger (oben bei Note 75), der sich nicht selbst verpflichtet hat, den Beschluß als nicht für sich maßgebend anerkennt und Theilung verlangt.

80) So schon nach röm. Recht. Vgl. l. 14 § 3 Dig. comm. div. 10, 3; l. 16 § 1 Dig. pro socio 17, 2.

81) Beim Miteigenthum an Grundstücken unter derselben Beschränkung wie oben Note 76, daß der Beschluß als Belastung des Antheils in das Grundbuch eingetragen ist. § 1010 Abs. 1 BGB.

82) Sowenig wie oben bei Note 75.

83) Vgl. § 725 Abs. 1 BGB. u. oben § 280 Note 19 ff. (bei der Gesellschaft).

84) Gegen die Berechtigung dieses Gedankens v. Seeler S. 75. Aber Einer muß den Schaden leiden, entweder die Genossen des Schuldners oder dessen Gläubiger. Und richtiger tragen ihn die Genossen, weil der Theilungsausschluß eine willkürliche Vereinbarung darstellt, die überdies leicht zur Uebervortheilung der Gläubiger eines socius mißbraucht werden kann.

85) S. o. bei Note 68 ff.

Theilungsausschluß die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen[86]), sofern nur ihr Schuldtitel definitiv, nicht blos vorläufig vollstreckbar ist[87]). § 751 S. 2. Aehnliche Rechte haben nach § 1258 BGB. die Pfandgläubiger eines Theilhabers, nachdem die Verkaufsberechtigung betreffs des Pfandes zu ihren Gunsten eingetreten ist[88]). Ebenso wirkt im Konkurse eines Theilhabers der verabredete Theilungsausschluß nicht gegen die Konkursmasse. Auch hier kann also seitens der Gläubigerschaft[89]) Auflösung der Gemeinschaft verlangt werden. Die Auflösung geschieht außerhalb des Konkursverfahrens[90]). § 16 KO.

5. Aus den bisherigen Ausführungen ergeben sich die verschiedenen Ansprüche der Theilhaber gegeneinander, die nicht (wie im römischen Recht) blos in Verbindung mit der Theilung[91]), sondern unabhängig davon geltend gemacht werden können[92]), z. B. auf Gestattung des Gebrauchs der Sache, einen entsprechenden Antheil an den Früchten, auf Erstattung eines verhältnißmäßigen Theils der Auslagen zur Erhaltung, Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes und Tragung der Lasten desselben. S. § 748 BGB.

Alle diese Ansprüche der Gemeinschafter untereinander unterstehen hinsichtlich der Verjährung[93]), des Maßes der Haftung des Schuldners[94]) u. s. w. den gewöhnlichen Grundsätzen.

IV. Die größere Selbständigkeit des Gemeinschaftsverhältnisses im heutigen Recht bedingt eine Beziehung der Theilhaber zu dritten Personen[95]).

---

86) Also sie können Theilung und damit reale Zuweisung des ihrem Schuldner Gebührenden (um sich daraus zu befriedigen) verlangen. Sie brauchen sich nicht damit zu begnügen, den ideellen Antheil ihres Schuldners als solchen zu verkaufen, weil eine solche Verwerthung selten ein günstiges Resultat liefert.

87) Ist das Resultat des Vorgehens doch auch ein definitives, irreparabeles!

88) Auf Grundstückspfänder (Hypotheken, Grundschulden) bezieht sich diese Bestimmung nicht. Hierwegen bewendet es bei § 1010 BGB. und den Vorschriften des Grundbuchrechts.

89) Vertreten durch den Konkursverwalter.

90) Nach den unten § 287 entwickelten Regeln. Der auf den Gemeinschuldner entfallende Auseinandersetzungsantheil fällt in die Konkursmasse. Die anderen Gemeinschafter haben daran das Absonderungsrecht des § 51 KO.

91) Mit der Theilungsklage; wenn auch im späteren Recht schon vor der wirklichen Auseinandersetzung.

92) Sogar unter Umständen noch nach der Theilung, soweit sie bei letzterer nicht (wie regelmäßig) Berücksichtigung gefunden haben.

93) S. § 195 BGB. u. oben Bd. I § 115 zu Note 1.

94) Also es besteht Haftung für jede Fahrlässigkeit. S. o. § 157. Im Gegensatze zur Gesellschaft (§ 708 BGB.) und den Bestimmungen des röm. Rechts, wonach auch die Gemeinschafter nur für diligentia quam in suis rebus haften. Vgl. l. 8 § 2, l. 20, 28 Dig. comm. div. 10, 3.

95) Entsprechend dem bei der Gesellschaft (oben § 282) Gesagten.

1. In aktiver Hinsicht macht sich auch hier zunächst das Theilrecht geltend, welches dem einzelnen Gemeinschafter am Gegenstande der Gemeinschaft zusteht. Das Recht beschränkt sich auch nach Außen hin durchaus auf diesen Antheil. Wie demgemäß ein jeder Theilhaber nur über diesen seinen Antheil verfügen kann[96]), so kann er auch die Anerkennung des gemeinschaftlichen Rechtes und die zwangsweise Durchsetzung desselben gegen Dritte regelmäßig nur für seinen Antheil betreiben, — in diesem Umfang aber auch allein d. h. ohne Rücksicht auf das Vorgehen der übrigen Genossen[97]).

Rechtshandlungen, die eine Geltendmachung des gemeinschaftlichen Rechts im Ganzen oder eine Verfügung darüber enthalten, können nur von allen Theilhabern zusammen resp. mit Wirkung für Alle vorgenommen werden. Doch gibt es Ausnahmen. So können untheilbare Forderungen von jedem Mitgläubiger in Gemäßheit des § 432 BGB.[98]) mit Wirkung für alle beigetrieben werden[99]); ebenso die Herausgabe einer gemeinschaftlichen Sache von Dritten durch einen Miteigenthümer für alle[100]). Ja die Geltendmachung des Eigenthums im Uebrigen durch einen Gemeinschafter gegen Dritte ist sogar schlechthin zulässig[101]). § 1011 BGB. — Sonst aber bleibt es bei der Regel. Z. B. Kündigung und Rücktritt[102]) von dem gemeinschaftlichen Rechtsverhältniß kann nur durch gemeinschaftliche Erklärung der Theilhaber resp. durch Erklärung des Dritten an alle erfolgen (arg. §§ 356, 467, 1066 Abs. 2, 1077, 1258 Abs. 2 BGB.). Aehnlich verhält es sich mit der Ausübung von Wiederkaufs- und Vorkaufsrechten ꝛc. S. §§ 502, 513.

2. Ebenso können die Theilhaber in Sachen der Gemeinschaft Dritten verpflichtet werden[103]). Da ein besonderes Gemeinschaftsvermögen

96) S. o. Abs. III Ziff. 3.

97) Das darüber ergangene Urtheil erwächst nur für und wider ihn selbst in Rechtskraft. S. o. Bd. I § 130 zu Note 33 ff. Die gemeinrechtlich behaupteten Ausnahmen sind beseitigt. Vgl. auch Motive Bd. 3 S. 446 u. unten Note 99.

98) S. o. Note 18 u. § 209 Ziff. II.

99) Hinsichtlich der Rechtskraftwirkungen bewendet es auch hier bei dem oben Note 97 Gesagten. In dieser Beziehung keine Wirkung ultra partes. Dies geht aus § 432 Abs. 2 BGB. deutlich hervor.

100) Dieser Anspruch ist zwar nicht stets untheilbar (s. o. § 145 i. f.), soll aber erklärlicher Weise nur zum Vortheil aller Eigenthümer ausgeübt werden können (Note 18). Daher wird § 432 BGB. auf ihn zur Anwendung gebracht.

101) Also von den Schranken des § 432 BGB. befreit. Der Grund ist, daß diese Geltendmachung des Miteigenthums regelmäßig von selbst den anderen Theilhabern zu Statten kommt. — Auch hier beschränken sich jedoch die Rechtskraftwirkungen auf die Prozeßparteien. S. o.

102) Dem auch hier die Wandelung gleichsteht. Anderen Grundsätzen folgt die bloße Minderung des Kaufpreises. S. § 474 BGB. u. oben § 222.

Ein blos auf Zeit bedungener Theilungsausschluß soll im Zweifel auf die Lebensdauer der Vertragsschließenden beschränkt sein[13]).

2. Der Theilungsanspruch ist ein Anspruch auf ordnungsmäßige Mitwirkung der anderen Genossen zur Herbeiführung der Auseinandersetzung (Liquidation) der ganzen Gemeinschaft[14]). Der Anspruch kann nach allgemeinen Grundsätzen gerichtlich oder außergerichtlich erhoben und befriedigt werden[15]).

a) Im letzteren Fall einigen sich die Theilhaber über die Vornahme der Auseinandersetzung. Sie schließen einen Theilungsvertrag ab: theilen (wie man zu sagen pflegt) im Wege der Güte. Der Abschluß des Theilungsvertrags steht unter den gewöhnlichen Regeln der Verträge[16]). Der Vertrag setzt meistens auch die Art und Weise fest, wie die Gemeinschaft aufgetheilt werden soll. Die Parteien sind hierbei an keinerlei besondere Regeln gebunden[17]).

b) Kommt eine solche Einigung nicht zu Stande, so geschieht die Auflösung der Gemeinschaft nach den Regeln, die das Gesetz darüber aufstellt. §§ 752 ff. BGB. Man spricht hier von Theilung im Wege Rechtens. Die Natur dieses Verfahrens ist bestritten. In Wahrheit gestaltet sich dasselbe verschieden, je nach der Sachlage. Das moderne Recht hat dem Theilungsanspruch einen genaueren Inhalt gegeben[18]). Soweit ehemals gesetzliche Direktiven fehlten, mußte der Richter aus sich heraus den Modus der Theilung finden[19]). Er fand ihn in dem zu diesem Zwecke anzustellenden Theilungsprozeß. Das Urtheil in diesem

---

13) Diese Auslegungsregel enthält § 750 BGB.

14) Oder des betreffenden Theils derselben, hinsichtlich dessen die Auseinandersetzung begehrt wird. S. o. zu Note 5. Dabei kann dann jeder andere Theilhaber die Ausdehnung auf die ganze Gemeinschaft verlangen. Sollte dem eine Vereinbarung über den Ausschluß der Theilung (Ziff. 1) entgegenstehen, so kann die von einem Anderen begehrte Partialtheilung unter Umständen ein wichtiger Grund für das Verlangen der Totalaufhebung der Gemeinschaft sein.

15) Die Sache liegt ähnlich wie beim Wandelungsanspruch. S. o. § 222.

16) So insbesondere hinsichtlich der Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit der Betheiligten, der Anfechtung des Vertrags wegen Irrthums u. dgl.

17) Z. B. brauchen sie die Vorschriften der §§ 752 ff. BGB. nicht zu beachten. Es kann ein Theilhaber die gemeinschaftlichen Gegenstände allein übernehmen und den anderen eine entsprechende Abfindung auszahlen 2c.

18) Weit mehr als dies im früheren, besonders röm. Recht der Fall war.

19) Dem Richter war anheimgegeben, (durch adiudicatio) Eigenthum nach freiem Ermessen zuzutheilen, Servituten zu bestellen 2c. Er begründete hier also Rechte (entschied nicht blos über das Bestehen derselben). — Auch die Parteirollen des Klägers und Beklagten waren in Folge dessen hier nicht so streng wie sonst geschieden. Die Rechtsbegründung konnte zum Nachtheil der einen oder anderen Partei (eben ganz frei) geschehen. Die Theilungsklage erschien daher als eine actio duplex.

Prozeß war für die Parteien rechtsbegründend (konstitutiv)[20]; der Prozeß war für die Parteien der Weg, um überhaupt zur Theilung zu gelangen[21]. Aus der Nothwendigkeit des Prozesses hat man gefolgert, daß das Theilungsverfahren nothwendig ein Streitverfahren sei[22]. Auch heute wird ein Gleiches wiederum aus der Natur des Theilungsanspruches (als Anspruch) hergeleitet[23]. Nicht jeder Anspruch ist aber ein streitiger Anspruch. Wie dem Theilungsanspruch genügt werden kann durch Abschluß eines Theilungsvertrags (s. o.), so kann ihm auch genügt werden durch Unterwerfung unter Art und Weise der Theilung, die heute das Gesetz vorschreibt. Die Genossen beantragen oft Theilung im Wege Rechtens bei Behörden[24], weil sie wegen der Schwierigkeit der Auseinandersetzung allein damit nicht fertig werden können[25]. Die Behörde, die hiernach in Gemäßheit der §§ 752 ff. die Theilung vollzieht, entscheidet keinen Streit[26]. Dagegen liegt ein Streit vor,

α. wenn einer der Theilhaber dem Theilungsbegehren widerspricht, also zur Vornahme der in §§ 752 ff. bezeichneten Theilungsmaßregeln nicht mitwirken will. Hier kann er zu dieser Mitwirkung gezwungen, m. a. W. im gewöhnlichen Prozeß auf Theilung geklagt werden[27]. Aber wenn das Gericht den Gegner zur Theilung verurtheilt hat[28], braucht er nicht weiter zu streiten. Steht doch nun

20) Vgl. o. Bd. I § 130 Note 2 u. Cit.

21) Die Klage war zu erheben, wenn auch die Nothwendigkeit der Theilung an sich unter den Parteien gar nicht bestritten war, nur um den richtigen Theilungsmodus zu finden. Vgl. l. 3 pr. § 1, l. 4 pr. § 3, l. 13, 21 Dig. comm. div. 10, 3.

22) Gerade im älteren Recht vollzogen sich Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit oftmals in Form des Prozesses (man denke z. B. an die röm. in iure cessio, oder an Art. 1262 Code Nap., den Schnörkel des gerichtlichen Verfahrens um die Hinterlegung zur Schuldbefreiung unwiderruflich zu machen); und noch im heutigen Recht ist es zuweilen der Fall (z. B. bei der Entmündigung).

23) So Kipp zu Windscheid, Pand. II § 449 S. 882.

24) Statt der einfachen Abschließung eines Theilungsvertrags (lit. a), der jedes weitere Verfahren erledigt.

25) Sie können sich dazu einfach vor einen Notar begeben.

26) Ist doch auch das Theilungsverfahren zur Auflösung der Erbengemeinschaft, der ehelichen Gütergemeinschaft u. dgl. anerkanntermaßen ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Vgl. die §§ 72 ff. 99 d. Ges. betr. die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898. Die Gesammthänderschaft macht für die Natur des Auflösungsverfahrens keinesfalls etwas aus.

27) Der Klagantrag geht auf Einwilligung der Beklagten in die Aufhebung der Gemeinschaft. Soweit die §§ 752 ff. BGB. der Art der Theilung Spielraum lassen, ist in der Klage ein bestimmter Theilungsmodus zu beantragen, und dessen Voraussetzungen sind vom Kläger darzuthun. — Auf dieser Grundlage entscheidet das Gericht (deklarativ), ob die Voraussetzungen des Theilungsbegehrens vorliegen.

28) Ueber die regelmäßige deklarative Natur des Urtheils s. Note 27 i. f.

Ein blos auf Zeit bedungener Theilungsausschluß soll im Zweifel auf die Lebensdauer der Vertragsschließenden beschränkt sein[13]).

2. Der Theilungsanspruch ist ein Anspruch auf ordnungsmäßige Mitwirkung der anderen Genossen zur Herbeiführung der Auseinandersetzung (Liquidation) der ganzen Gemeinschaft[14]). Der Anspruch kann nach allgemeinen Grundsätzen gerichtlich oder außergerichtlich erhoben und befriedigt werden[15]).

a) Im letzteren Fall einigen sich die Theilhaber über die Vornahme der Auseinandersetzung. Sie schließen einen Theilungsvertrag ab: theilen (wie man zu sagen pflegt) im Wege der Güte. Der Abschluß des Theilungsvertrags steht unter den gewöhnlichen Regeln der Verträge[16]). Der Vertrag setzt meistens auch die Art und Weise fest, wie die Gemeinschaft aufgetheilt werden soll. Die Parteien sind hierbei an keinerlei besondere Regeln gebunden[17]).

b) Kommt eine solche Einigung nicht zu Stande, so geschieht die Auflösung der Gemeinschaft nach den Regeln, die das Gesetz darüber aufstellt. §§ 752 ff. BGB. Man spricht hier von Theilung im Wege Rechtens. Die Natur dieses Verfahrens ist bestritten. In Wahrheit gestaltet sich dasselbe verschieden, je nach der Sachlage. Das moderne Recht hat dem Theilungsanspruch einen genaueren Inhalt gegeben[18]). Soweit ehemals gesetzliche Direktiven fehlten, mußte der Richter aus sich heraus den Modus der Theilung finden[19]). Er fand ihn in dem zu diesem Zwecke anzustellenden Theilungsprozeß. Das Urtheil in diesem

---

13) Diese Auslegungsregel enthält § 750 BGB.

14) Oder des betreffenden Theils derselben, hinsichtlich dessen die Auseinandersetzung begehrt wird. S. o. zu Note 5. Dabei kann dann jeder andere Theilhaber die Ausdehnung auf die ganze Gemeinschaft verlangen. Sollte dem eine Vereinbarung über den Ausschluß der Theilung (Ziff. 1) entgegenstehen, so kann die von einem Anderen begehrte Partialtheilung unter Umständen ein wichtiger Grund für das Verlangen der Totalaufhebung der Gemeinschaft sein.

15) Die Sache liegt ähnlich wie beim Wandelungsanspruch. S. o. § 222.

16) So insbesondere hinsichtlich der Voraussetzung der Geschäftsfähigkeit der Betheiligten, der Anfechtung des Vertrags wegen Irrthums u. dgl.

17) Z. B. brauchen sie die Vorschriften der §§ 752 ff. BGB. nicht zu beachten. Es kann ein Theilhaber die gemeinschaftlichen Gegenstände allein übernehmen und den anderen eine entsprechende Abfindung auszahlen 2c.

18) Weit mehr als dies im früheren, besonders röm. Recht der Fall war.

19) Dem Richter war anheimgegeben, (durch adiudicatio) Eigenthum nach freiem Ermessen zuzutheilen, Servituten zu bestellen 2c. Er begründete hier also Rechte (entschied nicht blos über das Bestehen derselben). — Auch die Parteirollen des Klägers und Beklagten waren in Folge dessen hier nicht so streng wie sonst geschieden. Die Rechtsbegründung konnte zum Nachtheil der einen oder anderen Partei (eben ganz frei) geschehen. Die Theilungsklage erschien daher als eine actio duplex.

Prozeß war für die Parteien rechtsbegründend (konstitutiv)[20]; der Prozeß war für die Parteien der Weg, um überhaupt zur Theilung zu gelangen[21]. Aus der Nothwendigkeit des Prozesses hat man gefolgert, daß das Theilungsverfahren nothwendig ein Streitverfahren sei[22]. Auch heute wird ein Gleiches wiederum aus der Natur des Theilungsanspruches (als Anspruch) hergeleitet[23]. Nicht jeder Anspruch ist aber ein streitiger Anspruch. Wie dem Theilungsanspruch genügt werden kann durch Abschluß eines Theilungsvertrags (s. o.), so kann ihm auch genügt werden durch Unterwerfung unter Art und Weise der Theilung, die heute das Gesetz vorschreibt. Die Genossen beantragen oft Theilung im Wege Rechtens bei Behörden[24], weil sie wegen der Schwierigkeit der Auseinandersetzung allein damit nicht fertig werden können[25]. Die Behörde, die hiernach in Gemäßheit der §§ 752 ff. die Theilung vollzieht, entscheidet keinen Streit[26]. Dagegen liegt ein Streit vor,

α. wenn einer der Theilhaber dem Theilungsbegehren widerspricht, also zur Vornahme der in §§ 752 ff. bezeichneten Theilungsmaßregeln nicht mitwirken will. Hier kann er zu dieser Mitwirkung gezwungen, m. a. W. im gewöhnlichen Prozeß auf Theilung geklagt werden[27]. Aber wenn das Gericht den Gegner zur Theilung verurtheilt hat[28], braucht er nicht weiter zu streiten. Steht doch nun

20) Vgl. o. Bd. I § 130 Note 2 u. Cit.

21) Die Klage war zu erheben, wenn auch die Nothwendigkeit der Theilung an sich unter den Parteien gar nicht bestritten war, nur um den richtigen Theilungsmodus zu finden. Vgl. l. 3 pr. § 1, l. 4 pr. § 3, l. 13, 21 Dig. comm. div. 10, 3.

22) Gerade im älteren Recht vollzogen sich Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit oftmals in Form des Prozesses (man denke z. B. an die röm. in iure cessio, oder an Art. 1262 Code Nap., den Schnörkel des gerichtlichen Verfahrens um die Hinterlegung zur Schuldbefreiung unwiderruflich zu machen); und noch im heutigen Recht ist es zuweilen der Fall (z. B. bei der Entmündigung).

23) So Kipp zu Windscheid, Pand. II § 449 S. 882.

24) Statt der einfachen Abschließung eines Theilungsvertrags (lit. a), der jedes weitere Verfahren erledigt.

25) Sie können sich dazu einfach vor einen Notar begeben.

26) Ist doch auch das Theilungsverfahren zur Auflösung der Erbengemeinschaft, der ehelichen Gütergemeinschaft u. dgl. anerkanntermaßen ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Vgl. die §§ 72 ff. 99 d. Ges. betr. die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit v. 17. Mai 1898. Die Gesammthänderschaft macht für die Natur des Auflösungsverfahrens keinesfalls etwas aus.

27) Der Klagantrag geht auf Einwilligung der Beklagten in die Aufhebung der Gemeinschaft. Soweit die §§ 752 ff. BGB. der Art der Theilung Spielraum lassen, ist in der Klage ein bestimmter Theilungsmodus zu beantragen, und dessen Voraussetzungen sind vom Kläger darzuthun. — Auf dieser Grundlage entscheidet das Gericht (deklarativ), ob die Voraussetzungen des Theilungsbegehrens vorliegen.

28) Ueber die regelmäßige deklarative Natur des Urtheils s. Note 27 i. f.

fest, wozu er kraft jenes richterlichen Ausspruches verpflichtet ist, und weshalb soll er sich zu den einzelnen demgemäß nach §§ 752 ff. vorzunehmenden Handlungen noch besonders zwingen lassen? Deren Vornahme braucht also keineswegs im gerichtlichen Zwangsvollstreckungsverfahren zu geschehen[29]). Vielmehr ist mangels besonderer Renitenz des Gegners die Theilungsprozedur auch jetzt wieder privatim oder unter Mitwirkung berufener Behörden in nichtstreitigem Verfahren zu vollziehen[30]).

β. Umgekehrt können sich wahre Streitigkeiten unter den Parteien auch in dem Verfahren über die Ausführung der Theilung ergeben[31]). Sind die gesetzlichen Vorschriften über die Ausführung auch ziemlich detaillirt, sie lassen immer noch Raum für Meinungsverschiedenheiten übrig. Ob solche Streitigkeiten im Auseinandersetzungsverfahren erledigt werden können[32]), hängt von der Gestaltung dieses Verfahrens und der mitwirkenden Behörde ab[33]). Andernfalls sind solche Incidentstreitpunkte im Wege des Prozesses zwischen den Streittheilen auszufechten[34]) und das Theilungsverfahren solange auszusetzen[35]).

c) Uebrigens können die Parteien auch bei einer im Wege Rechtens vorgenommenen Theilung mittelst gemeinschaftlicher Uebereinkunft einzelne Theilungsmaßregeln abweichend von der gesetzlichen

---

29) Noch weniger bedarf es einer erneuten Klage auf Durchführung der Theilung im Einzelnen (sowenig wie oben im Fall der Noten 24—26 der Klage überhaupt).

30) Dies folgt auch daraus, daß nach Rechtskraft des Urtheils, welches die Zulässigkeit der Theilung nnd einer bestimmten Theilungsart ausspricht, der Beklagte nach § 894 CPO. als in dieselbe einwilligend angesehen werden muß. — Wie wollte man auch die gesammte Theilungsprozedur in das Zwangsvollstreckungsverfahren der Civilprozeßordnung einpressen? Z. B. die Schuldenausgleichung ꝛc.!

31) Z. B. ohne daß vorher auf Theilung geklagt ist. Aber auch nach einem vorgängigen Theilungsprozesse (wobei für den Text nur vorauszusetzen ist, daß die betreffende Frage nicht schon im früheren Urtheil rechtskräftig entschieden ist. S. Bd. I § 130).

32) Ebenso die Kraft eines in diesem Verfahren geschlossenen Vergleiches.

33) Z. B. war schon das Ob der Theilung streitig und darüber ein Prozeß begonnen, so ist die Frage des Wie gleichzeitig Gegenstand dieses Prozesses (s. o. Note 27). Anders, wenn die Ausführung der Theilung in den Händen eines Notars liegt (Note 25).

34) Der Prozeß beschränkt sich auf den streitigen Punkt, insofern man sich im Uebrigen schon auf das andere Verfahren geeinigt hat. Nur aus besonderen Gründen (wesentlicher Irrthum ꝛc.) könnte ganz davon abgegangen werden. — Ueber den Streitpunkt ergeht wiederum ein deklaratives Urtheil.

35) Aehnlich wie im Vertheilungsverfahren der Zwangsvollstreckung oder im Konkurse. Vgl. §§ 878 ff. CPO., §§ 146 ff. KO.

Vorschrift festsetzen, da sie die ganze Theilung auch im Wege der Güte vollziehen könnten[36]).

II. Mit dieser Maßgabe gibt das Gesetz für die Auseinandersetzung folgende Regeln.

1. Die ideellen Antheile der Genossen an den gemeinschaftlichen Gegenständen sind in reale Theile resp. in die ausschließliche Berechtigung an einzelnen Gegenständen umzusetzen. Diese Theilung erfolgt

a) wenn möglich in Natur. § 752. Die Naturaltheilung ist möglich, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand sich ohne Verminderung seines Werths in gleichartige, dem Antheil der Genossen entsprechende Theile zerlegen läßt[37]). Sind mehrere gemeinschaftliche Gegenstände zu theilen, so können sie auch unter die Genossen vertheilt, d. h. dem einen diese, dem anderen andere Gegenstände zugewiesen werden. Doch dürfen die einzelnen Gruppen auch hier nicht im Verhältniß zum Ganzen im Werthe vermindert sein[38]), und die Vertheilung muß sich den Antheilen der Genossen entsprechend bewirken lassen.

Die Zuweisung der Theile oder Gruppen von Gegenständen an die einzelnen Theilhaber geschieht durch's Loos. § 752 i. f.[39]).

b) Ist die Theilung in Natur in Gemäßheit dieser Bestimmungen ausgeschlossen[40]), so ist der gemeinschaftliche Gegenstand zum Zweck der Auseinandersetzung zu verkaufen[41]). § 753. Der Verkauf hat regelmäßig öffentlich — nach den Vorschriften über den

---

36) Die Gültigkeit der Verabredung untersteht im Allgemeinen denselben Voraussetzungen (z. B. hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit der Parteien).

37) S. o. Bd. I § 59 Noten 4, 8, 9. Nur tritt hier das Moment hinzu, daß die Zerlegung gerade so möglich sein muß, daß dem Quotenverhältniß der Theilhaber entsprechende Theile herauskommen. Doch wird man hierin nicht zu ängstlich sein dürfen. Hier — wie auch in dem gleich folgenden Falle, wo aus verschiedenen Gemeinschaftssachen reale Gruppen zur Verloosung gebildet werden — wird man ein gewisses Plus oder Minus an einem Theile durch eine entsprechende Geldzahlung oder in anderer geeigneter Weise ausgleichen können.

38) Wie es z. B. durch Trennung zusammengehöriger Stücke (Pendants u. dgl.) der Fall sein kann.

39) Eine Schutzvorschrift im Interesse der Unparteilichkeit. S. schon Preuß. A.LR. I Tit. 17 § 88, Art. 882 Code Nap. Man spricht daher bei der Naturaltheilung auch geradezu von der Bildung der Loose. — Bei ungleicher Größe der Antheile einzelner Genossen ist sie für die Betreffenden nicht möglich.

40) Ueber einen landesgesetzlichen Theilungsausschluß in natura s. auch Art. 119 EG.BGB. und die bezüglichen partikularen Vorschriften.

41) Z. B. ein Haus, ein Schmuckgegenstand, ein Gemälde. Horizontale Theilung von Gebäuden ist unzulässig. Vgl. Bd. I § 59 zu Noten 12—14.

Pfandverkauf resp. die Zwangsversteigerung von Grundstücken[42]) — zu geschehen. Der Erlös ist den Genossen nach Verhältniß ihres Antheils an der Gemeinschaft auszuzahlen[43]).

α. Die Erlöstheilung ist unthunlich, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand unveräußerlich ist[44]). Ist nur die Veräußerung an dritte Personen untersagt, so läßt das Gesetz eine Versteigerung unter den Theilhabern selbst zu, und gibt jedem Theilhaber darauf ein Recht. § 753 Abs. 1 i. f. Diese Versteigerung ist in entsprechender Weise zu bewirken[45]).

Ebenso ist die Erlöstheilung unausführbar, wenn die Veräußerung thatsächlich nicht gelingt. Doch kann jeder Theilhaber die Wiederholung des Versuches verlangen[46]). Beim Mißlingen hat er die Kosten zu tragen. § 753 Abs. 2.

Ist die Erlöstheilung hiernach nicht durchzusetzen, so muß die Gemeinschaftstheilung unterbleiben, falls die Parteien nicht durch Uebereinkunft ein anderes Mittel finden. Die gesetzlichen Mittel sind erschöpft.

β. Nur bei gemeinschaftlichen Forderungen kennt das Gesetz noch ein anderes Mittel, welches sogar den eben geschilderten vorgeht. Der Verkauf dieser Forderungen soll überhaupt nicht stattfinden, soweit sie eingezogen werden können. Die Einziehung ist in den meisten Fällen günstiger. Daher kann jeder Theilhaber die gemeinschaftliche Einziehung (zu Gunsten und auf Kosten der Gesammtheit) verlangen[47]). § 754[48]). — Das Eingezogene

42) Vgl. im Allgemeinen für Mobilien die §§ 1233, 1235 ff. BGB., für Grundstücke RG. über die Zwangsversteigerung v. 24. März 1897. (Näheres s. im Sachenrecht.) — Auch die §§ 456—458 BGB. sind zu beobachten.

43) Regelmäßig durch diejenige Instanz oder Behörde, welche den Verkauf bewirkt hat. — S. jedoch unten Ziff. 2.

44) S. über die Veräußerungsverbote oben Bd. I § 85 zu Note 18 ff. Danach kommen alle gesetzlichen und richterlichen ꝛc. Veräußerungsverbote in Betracht. Rechtsgeschäftliche können die Veräußerung und demgemäß auch die Erlöstheilung nicht in allen Fällen verhindern. S. § 85 Ziff. 4. So z. B. wenn ein Gegenstand unter Veräußerungsverbot Mehreren geschenkt oder vermacht war.

45) Arg. Note 42 hat die Versteigerung auch unter den Theilhabern unter Autorität der Behörde resp. eines öffentlichen Auktionators stattzufinden. Doch können die Theilhaber sich über einen anderen Modus der Versteigerung einigen. Zulässig ist sogar, daß Einer den Gegenstand gegen Zahlung bestimmter Abfindungssummen an die anderen übernimmt. § 753 ist in dieser Hinsicht nicht zwingend.

46) Also insbesondere die Anberaumung eines neuen Termins für die öffentliche Versteigerung mit allem was dazu gehört (öffentliche Bekanntmachungen u. s. w.).

47) Das Verlangen richtet sich gegen die übrigen Theilhaber. Diese haben bei der Maßregel in geeigneter Weise mitzuwirken und antheilig zu den Kosten beizutragen.

48) Dagegen bezieht sich § 754 nicht auf das Verhältniß der Genossen

tritt in die Gemeinschaft der Betheiligten und ist danach in Natur oder mittelst öffentlichen Verkaufs (und Theilung des Erlöses) zu vertheilen[49]).

2. Das Gesetz begnügt sich aber nicht mit einer bloßen Zerlegung des gemeinschaftlichen Gegenstandes, sondern es erstreckt die Theilung auch auf die Schulden, welche in Sachen der Gemeinschaft gemacht worden sind. An sich sind dies nur Schulden der einzelnen Theilhaber[50]), und nicht einmal nothwendig aller[51]). Im Verhältniß der Theilhaber zueinander sollen aber die meisten dieser Schulden antheilig den sämmtlichen Gemeinschaftern zur Last fallen. § 748 BGB. Nun wäre es höchst unzweckmäßig, zunächst die gemeinschaftlichen Gegenstände (also das Aktivum) zu vergeben, und es hinsichtlich der Passiven dem Zufall zu überlassen, wer dafür in Anspruch genommen wird, und ob der Zahler für seine (über den eigenen Antheil hinaus) gemachten Auslagen hinterher noch von den Anderen Ersatz erlangen kann[52]). Demgemäß darf jeder Genosse die Einbeziehung der sich auf das Gemeinschaftsverhältniß gründenden Schulden in die Theilung verlangen[53]). Die Einbeziehung bedeutet Tilgung der Schulden aus den vorhandenen Gemeinschaftsmitteln und Verrechnung der Regreßforderungen auf die einzelnen Antheile (Schuldentilgung und Schuldenausgleichung). §§ 755, 756 BGB[54]).

a) Die Schuldentilgung aus Gemeinschaftsmitteln hat die Be-

---

zum Schuldner (der § enthält nur eine Theilungsvorschrift). Das Verhältniß zum Schuldner richtet sich nach § 286 Ziff. IV.

49) S. §§ 752, 753 BGB. u. oben lit. a u. b.

50) So jedenfalls nach Außen, im Verhältniß zum Gläubiger. S. o. § 286 IV Ziff. 2.

51) Wenn nur einzelne die Schuld kontrahirt z. B. die Gemeinschaftsobjekte haben repariren lassen. — Auch blos um Auslagen einzelner Theilhaber kann es sich handeln. Z. B. ein Genosse hat die Steuern oder sonstige Lasten der gemeinschaftlichen Sache allein erlegt.

52) Vor Allem liegt die Gefahr nahe, daß die den anderen Theilhabern zugewiesenen Gemeinschaftsaktiven nicht mehr vorhanden sind, wenn die Regreßforderung geltend gemacht wird. Der letzteren wird dadurch die Realsicherheit genommen, die zu ihren Gunsten besteht, wenn die Theilungsprozedur auf die Schuldentilgung und die Regreßansprüche erstreckt wird.

53) Die Erstreckung der Gemeinschaftstheilung auf die Schulden ist eine Errungenschaft der neueren Rechtsentwickelung. Vgl. in aufsteigender Linie: l. 4 Cod. comm. div. 3, 37 u. l. 24 § 1 Dig. eod. 10, 3; Preuß. A.L.R. I Tit. 17 §§ 46 ff., 51; Code Nap. Art. 829, 851; Sächs. GB. §§ 340, 344; KO. (alte Fassung) § 44. Erst unser Gesetz hat die Entwickelung zum Abschluß gebracht.

54) Jede dieser Prozeduren kann hiernach besonders für die Theilung verlangt werden, je nachdem nach der Sachlage Bedürfniß dafür vorhanden ist.

freiung der einzelnen Theilhaber und die Verhinderung künftiger Regreßforderungen zum Ziele. Die Tilgung kann daher nur hinsichtlich solcher Schulden verlangt werden, die im Verhältniß der Genossen zueinander antheilig zu tragen sind[55]), während dem Gläubiger gegenüber eine andere Art der Haftung[56]), insbesondere die solidarische besteht[57]). § 755 Abs. 1. Sind die Verbindlichkeiten noch nicht fällig, so kann nicht sofortige Schuldtilgung, wohl aber Hinterlegung des Schuldbetrages verlangt werden[58]). Sind nicht genug Baarmittel vorhanden, so hat ein Verkauf der gemeinschaftlichen Gegenstände insoweit stattzufinden, als zur Schuldbedeckung erforderlich ist[59]) — und zwar nach den Regeln des Verkaufs bei der Erlöstheilung[60]).

Die Schuldentilgung kann jeder Gemeinschafter bei der Theilung gegenüber Allen verlangen, die zu dieser Zeit seine Gemeinschaftsgenossen sind — mag es sich um die ursprünglichen Theilhaber oder deren Rechtsnachfolger handeln[61]). § 755 Abs. 2 u. 3[62]).

55) D. h. nach Verhältniß der Gemeinschaftsantheile (die, wie § 286 bemerkt, nicht nothwendig gleich zu sein brauchen). Z. B. die in § 748 erwähnten Posten. Ebenso die Schulden, die zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eingegangen sind (Surrogatsverbindlichkeiten). § 755 Abs. 1 nennt die letzteren ausdrücklich (z. B. ein zu diesem Zwecke aufgenommenes Darlehen).

56) Wo auch nach Außen hin (dem Gläubiger gegenüber) eine blos antheilige Haftung der Genossen besteht, können sich keine späteren Regreßforderungen der socii untereinander entwickeln. Die sofortige Schuldberichtigung ist daher hier nicht zu verlangen.

57) Die letztere ist, wie schon erwähnt, zufolge des § 427 BGB. sehr häufig. — Möglich ist aber auch, daß nur ein oder einige Gemeinschafter (solidarisch) dem Gläubiger haften. Soll § 755 BGB. auf diesen Fall nicht anwendbar sein? Unseres Erachtens würde dies dem Zwecke des Gesetzes widersprechen. § 756 (s. u. lit. b) reicht für diesen Fall nicht aus, denn er betrifft nicht die Frage, ob an den Gläubiger geleistet werden muß. Selbstverständlich müssen die anderen Genossen (z. B. nach §§ 744 Abs. 2, 748) beitragspflichtig sein.

58) Dies sagt § 755 BGB. nicht ausdrücklich. Es ist aber nicht anzunehmen, daß um solcher Zufälligkeiten willen das große wirthschaftliche Prinzip der Einheit der Theilungsprozedur durchbrochen werden sollte. Zustimmend Oertmann § 755 Note 2.

59) Hierbei wird nur die ganze Aktivmasse und der gesammte Schuldbetrag (nicht der Antheil des Schuldners am Erlöse) in's Auge gefaßt. Wenn z. B. von 3 Theilhabern einer einen Betrag schuldet, der an Werth $^1/_3$ seines Antheils und $^1/_6$ des Werthes der Gemeinschaftsaktiven ausmacht, so ist $^1/_6$, nicht $^1/_3$ der letzteren zu verkaufen. Prot. Bd. 2 S. 761.

60) S. o. Ziff. 1 b, bes. Note 42.

61) Es handelt sich um ein allgemeines Theilungsprinzip. Auch der Sondernachfolger eines Theilhabers muß sich die Schuldberichtigung gefallen lassen, selbst wenn die Schuld zu einer Zeit entstanden war, da er der Gemeinschaft noch nicht angehörte. Gleichgültig ob die Schuld auf einem Vertrag der Theilhaber oder auf dem Gesetz beruht ꝛc.

62) Ebenso der Gläubiger, der den Antheil eines Gemeinschafters gepfändet hat.

Bei Grundstückstheilung übrigens nur gegen diejenigen Sonderrechtsnachfolger eines Miteigenthümers, welche im Grundbuch eingetragen sind. § 1010 Abs. 2[63]).

b) Die Schuldenausgleichung[64]) kann jeder Theilhaber verlangen, der auf Grund des Gemeinschaftsverhältnisses von seinen Genossen[65]) etwas zu fordern hat. § 756. Daß diese Schuldenausgleichung zu einem Incidentpunkt der Theilung gestaltet ist, hat für den Theilhaber die wichtige Folge, daß er nicht, nachdem der schuldnerische Genosse seinen Antheil empfangen hat, für die Regreßforderung mit den anderen Gläubigern jenes Theilhabers konkurrirt. Die Schuldenausgleichung hat die Bedeutung eines Absonderungsrechts[66]). Die Regreßforderungen der Genossen werden sofort aus der gemeinschaftlichen Masse — aus dem Antheil des Schuldners, in Absonderung von dessen übrigem Vermögen — befriedigt, und zwar durch entsprechendes Zurückstehen des Pflichtigen bei seiner Portion. Der regreßpflichtige Theilhaber hat sich auf Verlangen des berechtigten[67]) einen entsprechenden Abzug von seinem Antheil gefallen zu lassen. Nur dieser Nettoantheil steht zu seiner (und seiner anderen Gläubiger) Verfügung. Fällig braucht die Regreßforderung auch hier nicht zu sein[68]). Selbstredend ist sie mit Zinsen und sonstigen Zuthaten zu berücksichtigen[69]).

Auch die Ausgleichung kann gegenüber jedem zur Zeit der Theilung aktuellen Mitglied der Gemeinschaft verlangt werden, gleichviel ob die Regreßpflicht in seiner Person oder in der seines

---

63) Nach Grundbuchrecht kommen nur eingetragene Miteigenthümer als Theilhaber der sachenrechtlichen Gemeinschaft in Frage.

64) S. o. bei Note 54. Es handelt sich um die Erstattungsansprüche unter den Gemeinschaftern.

65) Oder Einigen von ihnen. Z. B. der eine Theilhaber hat während Bestehens der Gemeinschaft für den anderen die auf den letzteren entfallenden Beiträge an den Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes bezahlt.

66) Dies tritt mit voller Deutlichkeit hervor, wenn der regreßpflichtige Genosse sich im Konkurs befindet. Die Regreßforderung ist eine persönliche Forderung des Regreßnehmers gegen den Kridar; aber der Regreßnehmer braucht nicht mit den übrigen Gläubigern des letzteren in's Theil zu gehen. § 51 KO. Diese Bestimmung ist nur die Uebersetzung der uns hier beschäftigenden Vorschrift in's Konkursrecht.

67) Nur auf dessen Verlangen. Weder ein anderer Theilhaber kann für den Berechtigten die Ausgleichung verlangen, noch kann der Regreßpflichtige selbst den Anderen die Ausgleichung aufdringen. Er kann nur auf einen entsprechenden Theil seiner Portion verzichten.

68) Meist handelt es sich aber um wirklich gemachte Auslagen.

69) Das Zurückstehen des Pflichtigen findet für den ganzen Umfang der geschuldeten Summe statt.

Rechtsvorgängers entstanden ist[70]). Die Beschränkung des § 1010 Abs. 2 bei Immobiliargemeinschaften ist anwendbar[71]).

Die Ausgleichung kann die Ausführung der Naturaltheilung unmöglich machen. Dies ist kein Grund, um sie nicht durchzuführen. Es ist zur Erlöstheilung zu schreiten[72]). § 756 i. f. u. Cit.

3. Für die den Einzelnen in Natur zugewiesenen Gegenstände haben die Genossen einander nach der Theilung *Gewähr zu leisten*[73]), mag die Theilung im Wege Rechtens oder im Wege der Güte stattgefunden haben[74]). Die Gewährleistung bezieht sich bei allen zugetheilten Gegenständen auf Mängel im Rechte[75]); bei zugetheilten Sachen auch auf thatsächliche Mängel[76]). Die Gewährleistungspflicht ist aber kraft Gesetzes unter den ehemaligen Gemeinschaftern *nach Verhältniß ihres Antheils*[77]) *getheilt*[78]). Auch ist die Gewährleistungspflicht *wechselseitig*, woraus sich von selbst ein Ausschluß kraft Aufrechnung ergibt, wenn ein im Ganzen mangelhafter Gegenstand gleichmäßig reell unter alle Genossen vertheilt wurde[79]). § 757 BGB.

---

70) Auch bei besonderer Rechtsnachfolge. Das oben Note 61 ff. Gesagte findet entsprechende Anwendung.

71) S. o. Note 68.

72) So ist der Schlußsatz des § 756 zu verstehen. Da die Ausgleichung *durch Zurückstehen* im Antheil bewirkt wird, kann nicht in Frage kommen, (wie in § 755 Abs. 3) Mittel zur Berichtigung der Schuld *flüssig zu machen*. Sondern nur daß die entsprechende Verkleinerung der Portion des Regreßpflichtigen die Naturaltheilung ausschließt.

73) Und zwar *wie Verkäufer* (s. o. §§ 219 220 ff.). Denn auch die Naturaltheilung erscheint als *Veräußerung*. Dies erhellt ohne Weiteres, wo von mehreren ehemals gemeinschaftlichen Gegenständen einige ganz dem einen, andere dem anderen Theilhaber überwiesen werden. Aber nicht minder da, wo nur die ideellen Theile eines Gegenstandes in reale umgesetzt werden. Denn beide sind nicht identisch. S. o. Bd. I § 59.

74) Selbstredend kann im letzteren Falle die Gewährleistung, wie jede andere Theilungsvorschrift, durch besondere *Verabredung ausgeschlossen werden*. Vorbehaltlich nur der generellen Unwirksamkeit des pactum de dolo non praestando. §§ 443, 476 BGB.

75) S. o. § 219. Kritischer Zeitpunkt ist die Rechtsverschaffung, also hier die endgültige Zutheilung des Gegenstands an den Empfänger. Zu dieser Zeit muß der Rechtsmangel resp. *Grund* der späteren Störung des betreffenden Theilhabers vorhanden gewesen sein. — Bei zugetheilten Rechten ist wie gewöhnlich der Bestand, nicht die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu vertreten. Wurde deren Vertretung übernommen, so bezieht sich dies nur auf den Zeitpunkt der Zutheilung.

76) Nach den Regeln §§ 220 ff. oben. Kritischer Zeitpunkt ist hier wie gewöhnlich der Augenblick des Gefahrübergangs auf den Erwerber.

77) An der Gemeinschaft. Vgl. § 742 BGB. Die Bestimmung, daß der Antheil eines Zahlungsunfähigen auf die Uebrigen zu repartiren sei, fehlt hier.

78) Theilschuldverhältnisse. S. o. § 206.

79) Vorausgesetzt, daß der Mangel alle gleichmäßig — entsprechend dem Vortheil der Zutheilung — getroffen hat.

Irrthümer bei der Theilung können Anlaß zu einem Anspruch des dadurch Benachtheiligten wegen ungerechtfertigter Bereicherung[80]) geben, z. B. Rechnungsfehler, ungleiche Bildung der Loose u. dgl.[81]). Wegen arglistiger Täuschung eines Theilhabers kann das Theilungsgeschäft nach gewöhnlichen Grundsätzen angefochten werden.

Sechstes Kapitel.

Glücks- und Sicherungsverträge.

§ 288.

I. Uebersicht.

I. Glücksverträge sind Verträge, bei denen von der einen oder anderen Seite eine Leistung derart übernommen wird, daß das Aequivalent derselben in der Möglichkeit eines von einem ungewissen Ereigniß abhängigen Gewinnes oder Verlustes für die Partei besteht. Hierhin gehören vor Allem Spielgeschäfte in ihren verschiedenen Gestaltungen[1]) und der Leibrentenvertrag, wenn die Rentenzahlung entgeltlich übernommen ist[2]).

II. Dagegen dienen die Sicherungsverträge zum Schutz der Partei gegen eine ihr in ihren Rechten und Rechtsverhältnissen drohende bestimmte Gefahr, und sind daher verschieden je nach der Art dieser Gefahr und der dagegen beschafften Sicherung[3]). Die Gefahr liegt

80) S. u. §§ 317 ff.

81) Es sind wie gewöhnlich Geschäftsirrthum und andere Irrthümer zu unterscheiden. Als Geschäftsirrthum würde in Betracht kommen Irrthum über den ganzen Akt und die zu theilenden Gegenstände, sowie über die betheiligten Personen. S. o. Bd. I § 94. Die Wirkung entspricht der dortigen Regelung nicht ganz. Wir haben gesehen, daß irrthümliche Nichtberücksichtigung eines Theilhabers dem Theilungsgeschäft seinen Charakter nimmt (s. o. Note 3). Von bloßer Anfechtung ist hier also nicht die Rede. Was das Objekt und dessen Eigenschaften angeht, so ist zu unterscheiden. Irrthümliche Auslassung einzelner Objekte schadet nicht und gibt nur eventuell Anlaß zu einer Nachtheilung. Werden nicht gemeinschaftliche Objekte vertheilt, so findet die Gewährleistung statt (§ 757). Ebenso kommen die Eigenschaften der Theilungsobjekte regelmäßig hier nur unter dem Gesichtspunkt der Mängelgewähr (§ 757) oder der ungleichen Loosebildung (also der ungerechtfertigten Bereicherung des einen oder anderen Theilhabers) in Betracht.

1) S. u. §§ 289 ff.

2) Sonst ist nur ein mehr oder weniger bestimmter Betrag geschenkt. Der Leibrentenvertrag ist daher an anderer Stelle behandelt. S. o. § 251. — Ueber aleatorische Klauseln bei sonstigen Geschäften s. o. § 167 zu Note 8 ff. Dieser Klauseln wird an den entsprechenden Stellen gedacht.

3) Durch den Vertrag wird ähnlichen Zwecken gedient, wie sie dem früher geschilderten sog. „präventiven Rechtsschutz" zu Grunde liegen. S. o. Bd. I

entweder in materieller Schädigung des Rechtes einer Partei oder in drohender Verdunkelung desselben. Die Sicherung geschieht durch den Vertragsschluß. Die eine Partei ist es, welche die Sicherung sucht, die andere, welche die Gefahr ausschließen soll, ist entweder der Urheber der Gefahr oder ein Dritter. Der Inhalt des Vertrags gestaltet sich demgemäß und nach der zu gewährenden Sicherung verschieden. Bald wird die Sicherung entgeltlich, bald unentgeltlich gewährt.

1. Eine materielle Sicherung in diesem Sinne gewährt der Vertrag

a) gegen die Gefahr der Nichterfüllung von Ansprüchen, insbesondere durch Insolvenz des Schuldners. Hiergegen richtet sich die Bürgschaft einschließlich des Kreditauftrags, und die anderen sog. Gararantieverträge[4]).

b) Materielle Sicherung wird auch gewährt gegen von Außen kommende Rechtsverletzungen, Beschädigungen und Ausfälle, die dem Berechtigten in seiner Rechtssphäre drohen. Gleichgültig ob es sich dabei um unerlaubte Handlungen oder zufällige Ereignisse handelt[5]). Schließlich werden noch Ereignisse gleichgestellt, die den zu Sichernden zwar nicht direkt beschädigen, aber doch für ihn einen vermehrten Geldbedarf erzeugen[6]). Gegen Gefahren dieser Art dient die Versicherung[7]).

2. Gegen die Gefahr der Verdunkelung eines Rechtsverhältnisses richtet sich die vertragsmäßige Anerkennung durch den Verpflichteten. Doch gehört der Anerkennungsvertrag unter die Sicherungsverträge nur, wenn das Anerkenntniß ein wirklich vorhandenes Recht betrifft[8]). Und über die Feststellung, daß es

§§ 132 ff. Daher werden manche der hierher gehörigen Erscheinungen von Anderen auch wohl in den Allgemeinen Theil gestellt. Diese Anordnung vermischt das Gebiet des Rechtszwangs und freier vertragsmäßiger Vereinbarung. Die Sicherungsverträge sind aus dem Bereich der allgemeinen Rechtssicherung auszulösen. Die Nothwendigkeit ergibt sich auch aus didaktischen Gründen. Die Darstellung der Sicherungsverträge setzt das Verständniß der allgemeinen Vertragslehre voraus. Im Uebrigen s. noch unten § 301 Ziff. 1 u. 2.

4) S. u. §§ 295—300. Hierher gehört auch die Verpfändung beweglicher oder unbeweglicher Sachen für eine Forderung, die aber erst im Sachenrecht in Verbindung mit den verschiedenen Pfandrechten zu behandeln ist.

5) Z. B. Brandstiftung, Einbruchsdiebstahl — Blitz, Hagelschlag, Betriebsunfälle, Unfälle auf der See u. s. w.

6) Z. B. der Tod einer Person, die Erreichung eines bestimmten höheren Alters, indem dasselbe regelmäßig mit einer verminderten Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit oder mit Invalidität verbunden ist.

7) In ihren verschiedenen Formen. S. u. §§ 291—294.

8) Wenn, wie man zu sagen pflegt: recognitio nihil dat novi. In dieser

vorhanden war, ſoll doch gerade die Anerkennung ihrem Empfänger hinweghelfen! Als bloßer Sicherungsvertrag hat ſie daher nur geringen Werth. Sie nützt dem Gläubiger praktiſch ſo wenig, wie das Verſprechen des Schuldners: er wolle zahlen „wenn er ſchuldig ſei“ [9]). Vielmehr iſt regelmäßig die Anerkennung (wie die entſprechende Erfüllungszuſage) nur dann von Werth, wenn ſie die übernommene Verpflichtung ohne Rückſicht auf den bisherigen Beſtand begründet: dann aber handelt es ſich um ſelbſtändige abſtrakte Verträge [10]).

Zur Sicherung gegen Verdunkelung oder Nichtverwirklichung beſtehender Rechte iſt der Vergleich beſtimmt [11]). Zwar enthält auch er eine Dispoſition; die Parteien begründen darin neue Rechtswirkungen und verzichten auf gewiſſe bisher behauptete Rechte und Rechtsverhältniſſe. Aber dies geſchieht doch nur, um ihre Poſition im Uebrigen zu ſichern. Die Dispoſition erfolgt nur inſoweit und zu dem Zwecke, um mittelſt Nachgebens in einem Punkte die übrigen zu retten. Dieſer Sicherungszweck drückt dem Vertrage ſeinen Stempel auf: die ſtattfindenden Vermögenszuwendungen ſind nur der Weg, um zu dem Ziele der Verſtändigung zu gelangen.

III. Unter Umſtänden kann ein Vertrag auf der einen Seite aleatoriſch, auf der anderen ein Sicherungsvertrag ſein. Dies rechtfertigt die Zuſammenfaſſung beider in dieſem Kapitel. Der Verſicherungsvertrag iſt nur für den Verſicherten ein Sicherungsvertrag [12]) — für den Verſicherer iſt er ein Glücksvertrag. So wenigſtens in allen Fällen, in denen der Verſicherer gegen feſtes Entgelt [13]) für die verſicherten ungewiſſen Ereigniſſe einſteht. Wenn dieſe eintreten, verliert er regelmäßig bei dem Geſchäft; wenn ſie nicht eintreten, muß er grundſätzlich dabei gewinnen. Während die Verſicherung bei dem

---

Beſchränkung war die Anerkennung früher allein zugelaſſen. Es iſt das Verdienſt von Bähr, das Inſtitut aus dieſen Feſſeln befreit und es emporgehoben zu haben zur Bedeutung eines Dispoſitionsakts: eines vollwerthigen ſchuldbegründenden Vertrages. Ueber deſſen Inhalt ſ. u. § 305.

9) Es verhält ſich wie mit dem röm. constitutum debiti proprii (tit. Dig. de pecun. constituta 13, 5; Cod. 4, 18), das aus dem gleichen Grunde heutzutage ſeine praktiſche Bedeutung verloren hat. — Anders bei Quittungen, ſ. o. § 182 Ziff. 5, und unter Umſtänden auch bei poſitiven Anerkenntniſſen (ſo im Fall § 847 BGB.).

10) S. u. §§ 304—306. Die eventuelle Sicherung iſt hier nur noch Motiv, und der Vertrag kann andere, viel weiter reichende Zwecke haben.

11) S. u. §§ 301 ff.

12) S. o. II Ziff. 1b.

13) Im Gegenſatz zu der Verſicherung auf Gegenſeitigkeit.

gerichteten Klage nicht entgegengesetzt werden kann. Die Erlaubniß folgt aus §§ 66—69 des BörsenG. v. 22. Juni 1896 für die Börsenterminegeschäfte[27]), wenn beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses im Börsenregister eingetragen sind. Fehlen die Bedingungen des Börsentermingeschäfts, so ist der Vertrag nach Spielgrundsätzen zu behandeln[28]).

III. Versicherung.

§ 291.

A. Allgemeines*.

1. In dem Versicherungsvertrage verspricht die eine Partei (der Versicherer) dem anderen Theile[1]) gegen bestimmte Vergütung die Zahlung einer Geldsumme[2]) für den Fall, daß ein Ereigniß eintritt, welches für den Versicherungsnehmer oder eine dritte Person[3]) einen Vermögensverlust oder besonderen Geldbedarf herbeiführt[4]). Das betreffende Ereigniß ist ungewiß: entweder so, daß überhaupt sein Eintritt unsicher[5]), oder daß zwar der Eintritt, nicht aber die Zeit des Eintritts sicher ist[6]).

2. Der Versicherungsvertrag trägt hiernach ein aleatorisches Moment an sich, insofern der Versicherer gegen die empfangene Vergütung möglicherweise selbst gar keine[7]) oder nur eine zeitlich weit hinausgerückte Leistung zu machen hat. Hierin liegt jedoch nicht der Hauptzweck des Vertrages[8]), sondern in der Sicherung, die der Versicherungsnehmer für die durch das versicherte Ereigniß bewirkten

27) Insbesondere § 69 d. Ges. in der Fassung des Art. 14 EG.HGB. Vgl. Staub, Börsentermingeschäfte (1899), Trumpler, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 50 S. 383.

28) Ueber das Verhältniß des Börsengesetzes zu § 764 BGB. s. Fuld im Berliner Aktionär 1900 n. 9, Werner in d. deutschen Juristenzeitung Bd. 5 S. 249 u. oben Bd. I § 9 Note 4.

*) Vgl. Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts (1889); Ehrenberg, Versicherungsrecht I (1893).

1) Wir bezeichnen ihn als den Versicherungsnehmer. Dagegen ist Versicherter derjenige, in dessen Person oder Rechtskreis das Ereigniß eintritt, gegen das sich die Versicherung richtet. Diese Person kann ein Dritter sein.

2) Der sog. Versicherungssumme.

3) Nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge.

4) Cosack, Handelsrecht § 129.

5) Wie Brand, Hagelschlag, Einbruchsdiebstahl, die Erreichung eines gewissen Lebensalters, die Heirath, Militärdienstpflicht ꝛc. einer Person.

6) Wie z. B. der Tod einer Person.

7) Nämlich wenn das versicherte Ereigniß nicht eintritt.

8) Deshalb ist er kein Spiel. — Dagegen nimmt der Vertrag in Berücksichtigung dieses aleatorischen Momentes zweckmäßig seinen Platz zwischen den anderen Glücks- und Sicherungsverträgen ein.

Vermögensverluste oder Vermögensaufwendungen sucht. Die Möglichkeit dieser vertraglichen Sicherung ist neueren Datums — jedenfalls die Ausbildung eines dem Sicherungszweck dienenden besonderen Vertrages und die damit Hand in Hand gehende Entwickelung von Versicherungsanstalten. Denn daß eine einzelne Person Versicherungen übernimmt, ist nahezu ausgeschlossen[9]).

3. Versicherungen übernehmen in erster Linie gewisse besonders dafür eingerichtete öffentliche Anstalten (insbesondere der Einzelstaaten): so z. B. die öffentlichen Feuersozietäten, die öffentlichen Hagel- und Viehversicherungsanstalten; die auf Grund landesrechtlicher (insbesondere bergrechtlicher) Vorschriften bestehenden Knappschaftskassen und ähnlichen Einrichtungen; einschließlich derjenigen auf Landesrecht beruhenden öffentlichen Versicherungsanstalten, welche unter der Verwaltung oder Leitung staatlicher oder kommunaler Behörden stehen[10]). Ihnen treten als Reichsanstalten zur Seite die auf Grund der Arbeiterversicherungsgesetzgebung[11]) zur Durchführung der Kranken-, Unfall- und Invaliditätsversicherung eingerichteten Anstalten, deren nähere Einrichtung, Verwaltung und Beaufsichtigung auf Reichsrecht beruht[12]).

Dagegen ist für die privaten Versicherungsunternehmungen und deren Geschäftsverkehr das Reichsgesetz vom 12. Mai 1901 erlassen, welches im Interesse der Solidität derartiger Unternehmungen[13]) die

---

9) Einzelne Versicherungsklauseln kommen schon bei den Römern vor. So insbesondere beim Darlehen in Gestalt des foenus nauticum (vgl. tit. Dig. 22, 2; Cod. 4, 33) und bei anderen Verträgen (vgl. z. B. l. 10 Dig. de V. O. 45, 1) gegen Seegefahr. Gegen diese hat das mittelalterliche Recht die Versicherung als eigenes Rechtsinstitut zuerst planmäßig entwickelt. Vgl. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts (1891) S. 355. Dann folgte die Ausdehnung auf andere Unfälle, insbesondere Brandfälle, und die Ausbildung des Massenkontrakts, der regelmäßig von besonderen Versicherungsgesellschaften geschlossen wird (zur Vertheilung des Risikos, ohne welche die Gefahrübernahme wirthschaftlich unmöglich ist). Wirkliche Versicherungsanstalten existiren in Deutschland erst seit dem 18. Jahrhundert.

10) Hinsichtlich aller dieser Anstalten, ihrer Verwaltung und Beaufsichtigung bleibt es — vorbehaltlich der Bestimmung des § 119 RG. über die privaten Versicherungsunternehmungen — auch fernerhin beim Landesrecht. Diese Anstalten bieten genügende Garantie gegen Unsolidität des Geschäftsbetriebs und Uebervortheilung der Versicherten. — Unberührt bleiben auch die landesgesetzlichen Vorschriften, nach denen der Abschluß bestimmter Versicherungsgeschäfte den öffentlichen Anstalten vorbehalten ist. § 120 des cit. Ges.

11) S. u. § 294.

12) S. über diese Anstalten schon oben Bd. I § 49 Note 10. Auch auf diese bezieht sich das Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen grundsätzlich nicht.

13) Denn ohne diese würde das ganze Institut der Versicherung gefährdet. — Ueber die privatrechtliche Bedeutung des Reichsgesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen s. Zehnter im Archiv f. bürg. Recht Bd. 20 S. 1.

direkt verbotene[11]), sodann besonders erlaubte Spiele[12]). Ueber diese bedarf es keiner weiteren Ausführung. Es versteht sich von selbst, daß das um seines Inhalts willen verbotene Spielgeschäft wie jeder andere gesetzwidrige Vertrag nichtig ist. Die Folgen der Nichtigkeit bestimmen sich nach allgemeinen Grundsätzen[13]). Umgekehrt erzeugt das gesetzlich erlaubte Spiel diejenigen Ansprüche, welche nach Maßgabe des Vertragsinhalts daraus begründet sind[14]).

Näher zu reden ist an dieser Stelle von der dritten Kategorie von Spielen[15]), die weder schlechthin verboten noch erlaubt sind. Die Rechtsordnung duldet sie, erkennt daraus aber nur in beschränktem Maße eine Rechtspflicht an[16]). Sie verwirft grundsätzlich jeden Zwang aus dem Geschäfte: vor Allem auf Auszahlung des Spielgewinns[17]); aber auch aus Vereinbarungen, durch welche der Verlierer zahlungshalber oder in anderer Weise zum Zwecke der Erfüllung eine Verbindlichkeit eingeht[18]), z. B. dafür einen Wechsel gibt[19]), die

11) Die Verbote gibt in erster Linie das Strafrecht, indem es die betreffende Veranstaltung zugleich unter Strafe stellt. S. §§ 284, 285 StGB. Hierhin gehört vor Allem das gewerbsmäßige und an öffentlichen Orten veranstaltete Glücksspiel. — Doch schließt nicht jede Strafdrohung ein Verbot im civilistischen Sinne in sich ein. Z. B. nicht § 360 Ziff. 14 StGB. oder die landesrechtliche Strafdrohung auf Spielen in auswärts konzessionirten Lotterien. Dies sind lediglich polizeiliche Vorschriften. S. u. § 290 Ziff. I.

12) S. o. § 140 Note 5. Zu den erlaubten Spielen gehören nicht mehr die, welche geeignet sind, persönliche Gewandtheit und Körperkraft zu befördern (s. o. Note 5). Derartige Uebungen können auf andere Weise, z. B. durch Aussetzung von Preisen (s. o. § 279), gefördert werden. Erlaubtes Spiel ist auch nicht die Veranstaltung des im Interesse der heimischen Pferdezucht (z. B. in Preußen durch Kab.O. v. 30 Aug. 1886) geduldeten Totalisators. Vgl. Hirschfeld, Wettrennen u. Rennwetten (1899), Geck, Die Wettgeschäfte im Rennsport (1899), Dernburg § 211 Note 2. Die Tolerirung bedeutet nur Verschonung von den Strafen des gewerbsmäßigen Glücksspiels (s. vor. Note), also eine Ausnahme von dem direkten Verbot. § 762 BGB. ist anwendbar.

13) S. o. Bd. I § 80 Note 5 ff., § 85. Also das Gezahlte kann zurückgefordert werden — vorbehaltlich der Bestimmung des § 817 BGB. S. u. §§ 322 ff.

14) Auf Zahlung des Spielgewinns resp. der Wettsumme, wenn sie nach Inhalt der Vereinbarung verdient sind. — Ueber Lotterie- und Ausspielgeschäfte (§ 763 BGB.) s. noch unten § 290.

15) Und Wetten. Der Kürze halber ist im Text meist nur vom Spiel die Rede.

16) S. über das unvollkommene Schuldverhältniß schon oben § 140 nach Note 5. — Ueber den Fall, daß die nach ausländischem Recht zu beurtheilende Spielforderung nach dem dortigen Recht klagbar ist, s. Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 266.

17) Der Spielgewinn ist rechtlich nicht einforderbar. Was aber freiwillig gezahlt wird, ist gültig gezahlt. S. schon Entsch. d. RG. Bd. 39 S. 163.

18) S. o. §§ 187 ff. Die betreffenden Verpflichtungsakte sind geradeso klaglos wie die ursprüngliche Verbindlichkeit. Auch wenn das neue Versprechen ein abstraktes ist.

19) Vorbehaltlich der Rechte gutgläubiger dritter Erwerber des Wechsels. S. auch Dernburg § 212 Ziff. I.

Schuld in eine Darlehensschuld umwandelt (§ 607 Abs. 2), ein abstraktes Schuldanerkenntniß (§ 781) ausstellt, den Saldo eines Kontokorrents oder einer sonstigen Abrechnung anerkennt oder einen Vergleich abschließt[20]), in dem die Spielschuld 2c. als Rechnungsposten Aufnahme und Berücksichtigung gefunden hat[21]). § 762 Abs. 1 Satz 1 u. Abs. 2 BGB. Auch indirekt mittelst Vertragsstrafe kann die Leistung nicht erzwungen werden[22]), eine Sicherung durch Pfand oder Bürgschaft ist wirkungslos[23]). Ebensowenig kann der Gewinner sich mittelst Aufrechnung eigener Schulden die Leistung verschaffen[24]).

Dagegen ist die freiwillige Baarzahlung[25]) des Spielverlusts oder der Wettsumme gültig. Das Geleistete kann also nicht zurückgefordert werden, weil keine erzwingbare[26]) Verbindlichkeit bestand[27]). § 762 Abs. 1 S. 2. Die im Voraus erfolgte baare Erlegung der Spiel- oder Wettsumme ist nicht als eine solche Erfüllungsleistung zu betrachten, mag sie als Einsatz auf dem Spieltisch, oder an den Gegner (Bankier) oder einen Dritten erfolgt sein[28]). Letzterenfalls liegt einfache Depositon der Summe vor[29]). Aber auch in den anderen Fällen handelt es sich nach der regelmäßigen Absicht der Parteien nicht um Erfüllung, sondern um eine Sicherstellung der Spielforderung[30]).

---

20) S. hier §§ 188, 247 ff., 301 ff., 304—305.

21) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 126 ff., Bd. 23 S. 138 ff., Bd. 37 S. 416.

22) S. o. § 178 zu Note 16.

23) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 38 S. 251; Bd. 47 S. 52.

24) Arg. § 387 BGB. u. oben § 192. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 130. Dagegen darf der Verlierer aufrechnen, da dies der Baarzahlung (s. u.) gleichsteht, die er gültig vornehmen kann. S. noch Note 28.

25) Es ist reale Leistung (im Gegensatz zu den verschiedenen oben erwähnten Erfüllungsversprechen 2c.) erforderlich. — Freiwillig ist die Leistung aber auch dann, wenn sie in Unkenntniß davon geschah, daß die Verbindlichkeit nicht beitreibbar (Rechtsirrthum), oder eine Spiel- oder Wettschuld sei (thatsächlicher Irrthum). Z. B. die Erben zahlen den Posten ohne Kenntniß des Schuldgrundes. Auch hier findet also keine Rückforderung statt. — S. noch oben § 140 Note 6.

26) Wegen der Ausdrucksweise des § 762 Abs. 1 s. o. § 140 Note 7.

27) Wohl aber aus anderen Gründen. Z. B. wegen Falschspiels, Wetten à coup sur (wo der eine Wettende dem anderen die anderweitig erlangte genaue Kenntniß von der Richtigkeit seiner Behauptung verschweigt), wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit, Geschäftsirrthums 2c.

28) S. hierzu Entsch. d. RG. Bd. 38 S. 232. Ein gleichzeitiger Aufrechnungsvertrag ist unwirksam. S. 239.

29) Die dem Spielvertrag keine größere Kraft verleiht, als ihm an sich zukommt. Das zur Verwahrung Gegebene kann also vom Hingebenden zurückgefordert werden. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 30 S. 214.

30) Steht es doch vor Ausgang des Spiels noch gar nicht fest, ob der Betreffende überhaupt etwas verschuldet! Warum wird, wie regelmäßig, der Vor-

3. Eigenthümlich ist die Stellung von Geschäften, die mittelbar der Förderung des Spieles dienen oder mit ihm zusammenhängen: wie Auftrag[31]), Gesellschaftsabschluß[32]), Darlehensaufnahme zu Spielzwecken. Diese sind nicht das Spiel selbst; es sei denn daß die Darlehenshingabe nur eine kreditirte Spielschuld verdeckt[33]). Wird aber das Darlehen von einem Unbetheiligten gewährt[34]), so ist es nicht ungültig; ebensowenig die genannten anderen Verträge, sofern sie sich nicht auf direkt verbotene, unerlaubte Spiele beziehen[35]). Folglich kann das dem Darlehensnehmer oder Beauftragten Gegebene zurückgefordert, Vertheilung des Gesellschaftsgewinns verlangt werden. — Eine andere Frage ist, ob, wer die Hingabe des Darlehens zu Spielzwecken versprochen oder den Spielauftrag angenommen hat, zur Erfüllung dieses Versprechens angehalten werden kann. Soweit das Spiel noch stattfinden soll, möchten wir dies verneinen[36]). Der Darlehensvorvertrag zur Zahlung bestehender Spielschulden ist gültig.

§ 290.

B. Lotterie, Ausspielgeschäfte. Differenzgeschäfte.

I. Dem Spiele wird die Lotterie[1]) gleichbehandelt, obschon auf Seiten des Veranstalters derselben kaum ein Wagniß vorhanden ist[2]).

---

schuß nur dem Bankier, nicht auch von diesem geleistet? Weil letzterer an sich genügende Sicherheit bietet! — Vielfach ist der baare Einsatz des Spielers verabredete Spielform (s. o. Bd. I § 87 Ziff. 4), also ebensowenig Erfüllungsleistung.

31) Z. B. zum Setzen in einem Privatzirkel, in welchem ein Glücksspiel stattfindet, für Rechnung des Auftraggebers.

32) Insbesondere zum Abschluß von Differenzgeschäften (s. u. § 290 Ziff. II) vorkommend.

33) S. o. nach Note 19.

34) Abgesehen davon kann in der Beförderung der Spielwuth durch Darlehnshingabe ꝛc. ein gegen die guten Sitten verstoßendes und darum nichtiges Geschäft liegen.

35) S. o. zu Note 11, sowie Entsch. d. RG. Bd. 43 S. 150 ff. Ist das Spiel selbst verboten also nichtig, so ist es auch der darauf hinzielende Auftrag oder Gesellschaftsvertrag. S. auch RG. Bd. 18 S. 243.

36) Nach dem Verhältniß von Mittel und Zweck. Läßt die Rechtsordnung aus der zu erzwingenden Handlung keinen Rechtszwang zu, so wäre es unlogisch, die Handlung selbst zu erzwingen. S. auch § 66 Abs. 2 BörsenG. v. 22. Juni 1896.

1) Vgl. F. Endemann, Beiträge z. Geschichte d. Lotterie und zum heut. Lotterierecht (1882); G. Cohn in Endemann's Handbuch d. Handelsrechts Bd. 3 S. 36.

2) Vielmehr bildet, wenn der Lotterieplan (s. u.) richtig angelegt ist, die Lotterie für den Unternehmer regelmäßig eine sichere Einnahmequelle und wird aus diesem Gesichtspunkt vom Staat und von Privaten veranstaltet.

Aber für den anderen Theil — den in der Lotterie Spielenden — ist es vorhanden; und zwar liegt es darin, daß dieser einen festen Einsatz bezahlen muß, wofür er meist in Form eines Looses[3]) nach Maßgabe des vorliegenden Lotterieplans eine Chance auf die ausgesetzten Gewinne erlangt. Diese Chance ist nach der Zahl der Theilnehmer und der ausgesetzten Gewinne bald größer oder geringer; immer aber muß der Zufall entscheiden[4]), ob ein Gewinn gemacht oder der Einsatz ohne Gegenleistung verloren ist[5]). Die Theilnahme der einzelnen Spieler an der Lotterie erfolgt auf Grund des zwischen dem Spieler und dem Unternehmer geschlossenen Vertrages[6]). Untereinander stehen die Spieler in keiner rechtlichen Verbindung.

Die ausgesetzten Gewinne können in Geld oder anderen Sachen bestehen. Werden nur einzelne in praesenti vorhandene oder individuell bezeichnete Gegenstände als Gewinn ausgesetzt, so spricht man von Ausspielgeschäften[7]). Das Ausspielgeschäft steht der Lotterie rechtlich gleich[8]).

1. Lotterie und Ausspielgeschäfte sind im Allgemeinen den Spielregeln unterworfen[9]), unterstehen also, soweit sie nicht direkt verboten sind[10]), den Vorschriften des § 762. D. h. es findet aus dem

3) Die Loose sind regelmäßig Schuldverschreibungen auf Inhaber (s. u. §§ 310 ff.). Der Kauf eines Looses erscheint dann auch als Hoffnungskauf. Siehe Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 87; ferner daselbst Bd. 18 S. 79.

4) Meist findet Ziehung der Loose (Nummernziehung) statt. Aber auch eine sonstige Art des „Ausspielens" der Lotterie ist zulässig, sofern sie nur wesentlich vom Zufall abhängt (z. B. das Drehen eines Glücksrades).

5) Bei der Lotterie handelt es sich immer nur darum, ob der Spieler, der den Einsatz definitiv weggegeben hat, dafür einen „Gewinn" erlangt (gleichgültig ob dieser den Einsatz übersteigt oder dahinter zurückbleibt).

6) Wo Loose ausgegeben werden, durch den Ankauf des Looses. Dieser ist nach den gewöhnlichen Kaufregeln (s. o. §§ 211 ff.) zu beurtheilen. Bloße Zusendung von Loosen, ohne hinreichende Erklärung des Empfängers (Bd. I § 86), das Loos erwerben zu wollen, gibt daher keinen Anspruch auf Gewinn, wenn das Loos demnächst gezogen wird.

7) Hier insbesondere findet häufig keine Verloosung sondern eine andere Bestimmung des Gewinnes durch den Zufall statt; oft unter Konkurrenz einer Thätigkeit der Spieler: auch der persönlichen Geschicklichkeit, wenn nur der Zufall in erster Linie maßgebend bleibt, z. B. Ringwerfen, Gewinnstechen u. dgl.

8) § 763 BGB. Diese Gleichstellung erübrigt ein näheres Eingehen auf die Unterscheidung von Lotterie und Ausspielgeschäften, die in der Litteratur nicht überall gleichmäßig erfolgt.

9) S. die Ausführungen des vor. §.

10) Ist die Lotterie oder das Ausspielgeschäft seinem Zweck oder seinem Inhalt oder den Veranstaltungen nach gesetzlich verboten, so gilt das oben § 289 zu Note 13 Gesagte. So insbesondere die öffentliche Veranstaltung von Lotterie- und Ausspielgeschäften ohne obrigkeitliche Erlaubniß nach § 286 StGB. Also die stattgefundenen Leistungen, insbesondere die Ein-

§§ 24—53 BGB. für Vereine, daneben die besonderen Vorschriften Anwendung, welche in § 53 d. Ges. v. 12. Mai 1901 angegeben sind[46]).

Durch diese Umgestaltungen hat das Versicherungsrecht einen überwiegend handelsrechtlichen Charakter gewonnen. Hier sind daher nur die Grundzüge darzustellen.

6. Der Abschluß des Versicherungsvertrages bedarf als Handelsgeschäft keiner besonderen Form[47]). Dies trifft das ganze Gebiet der kaufmännischen Versicherung gegen Prämie[48]). Hinsichtlich der Versicherung auf Gegenseitigkeit geht das Gesetz vom 12. Mai 1901[49]) davon aus, daß das Versicherungsverhältniß des einzelnen Vereinsmitglieds nur Ausfluß der Mitgliedschaft[50]), kein daneben stehendes besonderes Verhältniß ist[51]). Folglich untersteht seine Begründung heutzutage denselben Formen, wie die Aufnahme in den Verein selbst.

Ueber den Versicherungsvertrag pflegt eine Urkunde, die sog. Versicherungspolice ausgestellt und dem Versicherungsnehmer ausgehändigt zu werden[52]). Meist wird die Uebergabe der Police von Zahlung der Prämie für die Versicherungszeit[53]), und von der Uebergabe (oder der rechtzeitigen Prämienzahlung) auch die Wirksamkeit der Versicherung abhängig gemacht[54]). Tritt während der Verzögerung das versicherte Ereigniß ein, so kann sich der Versicherer auf diese Klausel jedoch nur berufen, wenn der Grund der Verzögerung nicht an ihm selbst liegt[55]). Auch sonst unterliegen die in der Police enthaltenen oder

46) Die Anlehnung an das Recht der Aktiengesellschaften ist also hier eine viel geringere. — Diese Vereine dürfen keine Prämienversicherung übernehmen.

47) Die entgegenstehenden Bestimmungen der Partikularrechte sind aufgehoben. S. denn auch z. B. für Preußen ausdrücklich Art. 5 AG.HGB. vom 24. Sept. 1899. — Die gebrauchten Ausdrücke sind wie gewöhnlich gleichgültig, wenn sie nur die beiderseits vorhandene Versicherungsabsicht erkennen lassen. Sogar die Festsetzung von Leibrenten für gewisse Konstellationen kann Versicherung sein. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 28 S. 316.

48) S. o. Ziff. 5a.

49) Vgl. insbes. § 20 d. Ges.

50) S. auch Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 182.

51) Dies hat auch sonstige Konsequenzen. Z. B. sind die Ansprüche der einzelnen Mitglieder auf eine fällig gewordene Versicherungssumme von Erfüllung ihrer eigenen Mitgliedspflichten abhängig. Eine Aufrechnung dieser Pflichten durch das Mitglied ist ausgeschlossen (§ 26 eod.). Im Konkurs des Vereins stehen die Versicherungsforderungen der einzelnen Mitglieder, sofern diesen noch eine Haftpflicht für die Schulden des Vereins obliegt, den anderen Konkursforderungen nach (vgl. § 51).

52) Der Versicherungsnehmer kann die Aushändigung fordern, soweit die Ausstellung der Police den allgemeinen Versicherungsbedingungen (s. o. Ziff. 4) entspricht. S. auch § 784 HGB.

53) Vgl. auch § 812 Abs. 1 HGB.

54) Sodaß also vorher die Versicherungssumme auch bei Eintritt des versicherten Ereignisses nicht verfällt.

55) Z. B. durch Nichtabholung der Prämie, wenn die Abholung bedungen

in Bezug genommenen Versicherungsbedingungen der Auslegung nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte[56]).

Die Police ist an sich nur Beweismittel für den Vertrag und dessen näheren Inhalt. Es kann jedoch die Urkunde zum Träger der Versicherungsforderung gemacht werden[57]), in dem Sinne, daß nur der Besitzer der Police die Versicherungssumme fordern oder darüber verfügen kann. Die Police wird dadurch zu einem Werthpapier[58]), nicht zu einem Inhaberpapiere[59]). Denn sie lautet regelmäßig auf den Namen des Versicherungsnehmers. Der Anspruch auf die Versicherungssumme kann also nur mittelst Abtretung[60]) und Uebergabe des Papiers, oder wenn die Police (zulässigerweise) an Order gestellt ist[61]), durch Indossament und Uebergabe auf einen Dritten übertragen werden[62]). Zuweilen wird die Police mit der Bestimmung ausgegeben, daß die Versicherungssumme an den Inhaber der Urkunde geleistet werden dürfe. Auch das heißt nicht, daß der Inhaber als solcher aus der Versicherung berechtigt sei; es ist blos die an den Inhaber geleistete Zahlung gültig[63]). Vgl. § 808 BGB.

§ 292.

B. Die Schadenversicherung.

Mittelst dieser Versicherung übernimmt der Versicherer unter den oben hervorgehobenen allgemeinen Bedingungen die Ausgleichung eines Vermögensschadens, welchen die andere Partei aus einem befürchteten bestimmten Ereignisse erleidet, im Rahmen einer im Voraus festgesetzten Summe[1]).

ist, oder durch Nichtaushändigung der Police, wenn solche ordnungsmäßig (gegen Prämienangebot) schon hätte erfolgen sollen (z. B. sie war noch nicht fertig oder fehlerhaft). S. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 5 S. 116 u. oben § 164 Note 6 u. Cit.

56) S. o. Bd. I § 91. So z. B. hinsichtlich der oft zahlreichen Verwirkungsklauseln, welche in den Policebedingungen enthalten sind. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 160, Bd. 16 S. 121, Bd. 18 S. 142 ff., Bd. 26 S. 64 ꝛc.

57) Zufolge besonderer darin aufgenommener Verabredung der Parteien.

58) S. über die Werthpapiere oben Bd. I § 63.

59) S. u. §§ 310 ff.

60) Auch abgesehen davon ist der Anspruch auf die Versicherungssumme nach § 398 BGB. cedirbar, und zwar sowohl vor als nach Eintritt des versicherten Ereignisses. S. auch §§ 891, 899 HGB.

61) Vgl. u. § 314.

62) So die Transportversicherungspolicen nach § 363 Abs. 2, § 891 HGB.

63) Dann ist die Police ein sog. Legitimationspapier. S. u. § 315. Dies ist bei Lebensversicherungspolicen häufig.

1) Diese ist hier die Versicherungssumme. Dieselbe wird auch bei Eintritt des versicherten Ereignisses nicht immer ganz, sondern oft nur zum Theil

gerichteten Klage nicht entgegengesetzt werden kann. Die Erlaubniß folgt aus §§ 66—69 des BörsenG. v. 22. Juni 1896 für die Börsentermingeschäfte[27]), wenn beide Parteien zur Zeit des Geschäftsabschlusses im Börsenregister eingetragen sind. Fehlen die Bedingungen des Börsentermingeschäfts, so ist der Vertrag nach Spielgrundsätzen zu behandeln[28]).

III. Versicherung.

§ 291.

A. Allgemeines*.

1. In dem Versicherungsvertrage verspricht die eine Partei (der Versicherer) dem anderen Theile[1]) gegen bestimmte Vergütung die Zahlung einer Geldsumme[2]) für den Fall, daß ein Ereigniß eintritt, welches für den Versicherungsnehmer oder eine dritte Person[3]) einen Vermögensverlust oder besonderen Geldbedarf herbeiführt[4]). Das betreffende Ereigniß ist ungewiß: entweder so, daß überhaupt sein Eintritt unsicher[5]), oder daß zwar der Eintritt, nicht aber die Zeit des Eintritts sicher ist[6]).

2. Der Versicherungsvertrag trägt hiernach ein aleatorisches Moment an sich, insofern der Versicherer gegen die empfangene Vergütung möglicherweise selbst gar keine[7]) oder nur eine zeitlich weit hinausgerückte Leistung zu machen hat. Hierin liegt jedoch nicht der Hauptzweck des Vertrages[8]), sondern in der Sicherung, die der Versicherungsnehmer für die durch das versicherte Ereigniß bewirkten

27) Insbesondere § 69 d. Ges. in der Fassung des Art. 14 EG.HGB. Vgl. Staub, Börsentermingeschäfte (1899), Trumpler, Ztschr. f. Handelsr. Bd. 50 S. 383.

28) Ueber das Verhältniß des Börsengesetzes zu § 764 BGB. s. Fuld im Berliner Aktionär 1900 n. 9, Werner in d. deutschen Juristenzeitung Bd. 5 S. 249 u. oben Bd. I § 9 Note 4.

*) Vgl. Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts (1889); Ehrenberg, Versicherungsrecht I (1893).

1) Wir bezeichnen ihn als den Versicherungsnehmer. Dagegen ist Versicherter derjenige, in dessen Person oder Rechtskreis das Ereigniß eintritt, gegen das sich die Versicherung richtet. Diese Person kann ein Dritter sein.

2) Der sog. Versicherungssumme.

3) Nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge.

4) Cosack, Handelsrecht § 129.

5) Wie Brand, Hagelschlag, Einbruchsdiebstahl, die Erreichung eines gewissen Lebensalters, die Heirath, Militärdienstpflicht ꝛc. einer Person.

6) Wie z. B. der Tod einer Person.

7) Nämlich wenn das versicherte Ereigniß nicht eintritt.

8) Deshalb ist er kein Spiel. — Dagegen nimmt der Vertrag in Berücksichtigung dieses aleatorischen Momentes zweckmäßig seinen Platz zwischen den anderen Glücks- und Sicherungsverträgen ein.

Vermögensverluste oder Vermögensaufwendungen sucht. Die Möglichkeit dieser vertraglichen Sicherung ist neueren Datums — jedenfalls die Ausbildung eines dem Sicherungszweck dienenden besonderen Vertrages und die damit Hand in Hand gehende Entwickelung von Versicherungsanstalten. Denn daß eine einzelne Person Versicherungen übernimmt, ist nahezu ausgeschlossen[9]).

3. Versicherungen übernehmen in erster Linie gewisse besonders dafür eingerichtete öffentliche Anstalten (insbesondere der Einzelstaaten): so z. B. die öffentlichen Feuersozietäten, die öffentlichen Hagel- und Viehversicherungsanstalten; die auf Grund landesrechtlicher (insbesondere bergrechtlicher) Vorschriften bestehenden Knappschaftskassen und ähnlichen Einrichtungen; einschließlich derjenigen auf Landesrecht beruhenden öffentlichen Versicherungsanstalten, welche unter der Verwaltung oder Leitung staatlicher oder kommunaler Behörden stehen[10]). Ihnen treten als Reichsanstalten zur Seite die auf Grund der Arbeiterversicherungsgesetzgebung[11]) zur Durchführung der Kranken-, Unfall- und Invaliditätsversicherung eingerichteten Anstalten, deren nähere Einrichtung, Verwaltung und Beaufsichtigung auf Reichsrecht beruht[12]).

Dagegen ist für die privaten Versicherungsunternehmungen und deren Geschäftsverkehr das Reichsgesetz vom 12. Mai 1901 erlassen, welches im Interesse der Solidität derartiger Unternehmungen[13]) die

---

9) Einzelne Versicherungsklauseln kommen schon bei den Römern vor. So insbesondere beim Darlehen in Gestalt des foenus nauticum (vgl. tit. Dig. 22, 2; Cod. 4, 33) und bei anderen Verträgen (vgl. z. B. l. 10 Dig. de V. O. 45, 1) gegen Seegefahr. Gegen diese hat das mittelalterliche Recht die Versicherung als eigenes Rechtsinstitut zuerst planmäßig entwickelt. Vgl. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts (1891) S. 355. Dann folgte die Ausdehnung auf andere Unfälle, insbesondere Brandfälle, und die Ausbildung des Massenkontrakts, der regelmäßig von besonderen Versicherungsgesellschaften geschlossen wird (zur Vertheilung des Risikos, ohne welche die Gefahrübernahme wirthschaftlich unmöglich ist). Wirkliche Versicherungsanstalten existiren in Deutschland erst seit dem 18. Jahrhundert.

10) Hinsichtlich aller dieser Anstalten, ihrer Verwaltung und Beaufsichtigung bleibt es — vorbehaltlich der Bestimmung des § 119 RG. über die privaten Versicherungsunternehmungen — auch fernerhin beim Landesrecht. Diese Anstalten bieten genügende Garantie gegen Unsolidität des Geschäftsbetriebs und Uebervortheilung der Versicherten. — Unberührt bleiben auch die landesgesetzlichen Vorschriften, nach denen der Abschluß bestimmter Versicherungsgeschäfte den öffentlichen Anstalten vorbehalten ist. § 120 des cit. Ges.

11) S. u. § 294.

12) S. über diese Anstalten schon oben Bd. I § 49 Note 10. Auch auf diese bezieht sich das Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen grundsätzlich nicht.

13) Denn ohne diese würde das ganze Institut der Versicherung gefährdet. — Ueber die privatrechtliche Bedeutung des Reichsgesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen s. Zehnter im Archiv f. bürg. Recht Bd. 20 S. 1.

Voraussetzungen feststellt, unter welchen dieselben Versicherungsgeschäfte im Inlande betreiben dürfen, welche Bedingungen bezüglich der Verfassung, finanziellen und technischen Grundlagen des Unternehmens zu beobachten sind, nach welchen Grundsätzen Verwaltung und Rechnungslegung sowie eine öffentliche Darlegung der Geschäfts- und Vermögensverhältnisse der Anstalt zu erfolgen hat[14]), endlich von welchen Behörden[15]) und in welchem Umfang eine obrigkeitliche Beaufsichtigung des Versicherungsbetriebes stattfindet[16]).

Für die privaten Versicherungsunternehmungen ist jetzt das Konzessionssystem aufgestellt[17]). Doch bestimmt das Gesetz die Unternehmungsformen (Vereine, Aktien- und andere Gesellschaften 2c.), in denen die private Versicherungsthätigkeit fortan allein betrieben werden darf[18]). S. §§ 4 u. 6 d. Ges. Die Zulassung des Unternehmens hängt von Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften: insbesondere vom Inhalt des Gründungsakts (Satzung, Gesellschaftsvertrag 2c.) und der Versicherungsbedingungen[19]) ab, die für die Verträge mit dem Publikum maßgebend sein sollen[20]). Die fortlaufende Staatsaufsicht hat die Beobachtung der für den weiteren Geschäftsbetrieb gegebenen gesetzlichen Vorschriften und die Einhaltung des ursprünglichen Geschäftsplans zu überwachen[21]); mit dem Recht, dieserhalb geeignete Anordnungen zu treffen, Mißstände zu beseitigen[22]) und bei fortgesetzter er-

14) Um dem Publikum eine Beurtheilung der Solidität des Unternehmens zu ermöglichen.

15) S. über das Kais. Aufsichtsamt für Privatversicherung und dessen Kompetenzen §§ 70 ff. d. Ges.

16) In dieser Hinsicht bestand ehemals die größte Verschiedenheit, und was noch schlimmer war: die Zulassung in dem Gebiet, in welchem die Versicherungsunternehmung ihren Sitz hatte, berechtigte die letztere noch nicht zur Ausübung des Geschäftsbetriebs in anderen Bundesstaaten. Vielmehr mußte dort erst wiederum entsprechende Erlaubniß erwirkt und den besonderen Anforderungen der Aufsichtsbehörde entsprochen werden. Dies ist jetzt beseitigt. Deutschland ist jetzt auch in dieser Beziehung ein einheitliches Wirthschafts- und Rechtsgebiet. Die Zulassung einer Versicherungsanstalt in einem Bundesstaat berechtigt regelmäßig zum Geschäftsbetrieb im ganzen Reiche. S. § 5 d. Ges.

17) S. über den Begriff oben Bd. I § 48 Note 19 ff.

18) Bereits bestehende Versicherungsanstalten werden durch das Gesetz nicht in ihrem Bestande berührt. S. § 92 d. Ges. v. 12. Mai 1901.

19) S. bes. § 9 d. Ges.

20) Auf diesem Wege greift das an sich nur die öffentlichrechtliche Seite des Versicherungswesens behandelnde Gesetz in das Privatrecht ein. — Die Gründe, aus denen die Erlaubniß zum Geschäftsbetrieb versagt werden kann, sind in § 7 d. Ges. angegeben. Nach § 13 bedarf auch jede Aenderung des Geschäftsplanes der Genehmigung der Behörde.

21) S. §§ 64 ff. d. Ges.

22) Zur Durchsetzung der Anordnungen können gegen die Inhaber und

heblicher Zuwiderhandlung den Geschäftsbetrieb zu untersagen. Dies hat die Wirkung, daß neue Versicherungen nicht abgeschlossen, auch früher abgeschlossene nicht erhöht oder verlängert werden dürfen. Die bestehenden Verträge bleiben in Kraft[23]).

4. Die Rechtsverhältnisse aus dem Versicherungsvertrage, also dem Vertrage des Versicherungsnehmers mit der Anstalt, sind, von der Seeversicherung abgesehen[24]), zur Zeit noch nicht reichsgesetzlich geregelt[25]). Vgl. Art. 75 EG.BGB.[26]). Diese Verhältnisse beruhen zum größten Theil auf den besonderen Festsetzungen des Vertrages, die ihrerseits vom allgemeinen Geschäftsplan der Versicherungsanstalt, insbesondere den von derselben ein für allemal feststehenden Versicherungsbedingungen abhängen[27]). Nach diesen wird der Vertrag gewöhnlich formularmäßig[28]) abgeschlossen[29]).

Nach der Art des versicherten Ereignisses haben sich zwei Hauptarten der Versicherung entwickelt:

a) die Schadenversicherung, auch Sachversicherung oder Vermögensversicherung genannt, auf Ersatz der Verluste, die dem Versicherungsnehmer aus einem bestimmten Ereigniß an seinem Vermögen entstehen, z. B. durch Feuersgefahr, Hagelschlag ꝛc. S. darüber unten § 292.

b) Die Summenversicherung, auch Personen- oder schlechtweg Lebensversicherung genannt[30]), zur Ausgleichung der Folgen von Ereignissen in der Person des Versicherungsnehmers oder eines Dritten, welche für den Versicherten besondere Geldaufwendungen erfordern.

Leiter der Unternehmung nach Befinden auch bestimmte Zwangsmaßregeln stattfinden.

23) Im Uebrigen ist auf die Organisation hier nicht näher einzugehen.

24) S. §§ 778—900 HGB.

25) Einige Gelegenheitsbestimmungen enthalten §§ 330, 1045 ff., 1127 ff., 1385, 1529, 1654 BGB.

26) Dazu z. B. Preuß. A.LR. II Tit. 8 §§ 1934 ff. u. AG.HGB. Art. 5; Bayr. Ges. v. 3. April 1875 u. AG. Art. 164; Württemb. Ges. v. 11. März 1853 u. Art. 205; Bad. Ges. v. 29. März 1852 u. Art. 10; Hess. Ges. v. 28. Sept. 1890 bezw. 30. Sept. 1899 u. Art. 274 ꝛc.

27) S. o. bei Note 19.

28) Ueber die Vorschrift der Aushändigung eines Exemplars der allgemeinen Versicherungsbedingungen an den Versicherungsnehmer vor dem Vertragsabschluß s. § 10 d. Ges. v. 12. Mai 1901.

29) Bei den privaten Versicherungsunternehmungen und den meisten öffentlichen Versicherungsanstalten sind die im Grundstatut ꝛc. der Anstalt oder anderweit festgesetzten allgemeinen Versicherungsbedingungen nichts anderes als eine lex contractus. Bei öffentlichen Anstalten können sie unter Umständen, wenn sie vom Souverän bestätigt und publizirt sind, den Charakter objektiver Rechtsnormen (Gesetz oder Verordnung) haben.

30) Vgl. § 6 Abs. 3 RG. über die privaten Versicherungsunternehmungen.

Hierhin gehört die eigentliche Lebensversicherung (in ihren verschiedenen Formen), die Aussteuerversicherung, Militärdienstversicherung ꝛc. S. u. § 293.

5. Die Versicherung wird übernommen entweder gegen festes Entgelt (also nach dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung) oder so, daß die Parteien sich gegenseitig versichern (indem sie sich wechselseitig verpflichten, aus gemeinschaftlichen Mitteln demjenigen unter ihnen zu leisten, bei welchem das versicherte Ereigniß eintritt). Hier ist die Person der Versicherer und Versicherungsnehmer identisch.

a) Wo festes Entgelt für die Versicherung gezahlt wird, spricht man von Versicherung gegen Prämie[31]). Der gewerbsmäßige Betrieb solcher Geschäfte macht den Uebernehmer zum Kaufmann; der Versicherungsvertrag ist dann ein Handelsgeschäft. § 1 Ziff. 3 HGB. Zum Betriebe der Lebensversicherung in ihren verschiedenen Arten[32]), der Unfall-, Haftpflicht-, Feuer- und Hagelversicherung darf die Privatkonzession nur noch an Aktiengesellschaften ertheilt werden[33]). Vgl. § 6 d. Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901[34]).

b) Umgekehrt setzt die Versicherung auf Gegenseitigkeit eine Vereinigung der Theilnehmer zu einem Verbande voraus, nach Art eines Gesellschaftsvertrages[35]). Die Einzahlungen der Theilnehmer erscheinen als Beiträge und werden regelmäßig nur nach Bedürfniß erhoben[36]). Die der Gegenseitigkeitsversicherung dienenden Verbände sind zum Theil öffentlichrechtliche Personenvereine, sodaß die Beiträge nach Art öffentlicher Abgaben zu leisten sind. Abgesehen davon standen für die Gemeinschaftsform bisher die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Vereine und Gesellschaften offen. Heutzutage darf die Privatversicherung auf Gegenseitigkeit nur durch Vereine

31) Die Prämien bestehen regelmäßig in Prozenten der versicherten Werthe (der Versicherungssumme).

32) Insbesondere auch der Invaliditäts-, Alters-, Wittwen-, Waisen-, Aussteuer- und Militärdienstversicherung, — mag die Versicherungssumme in einer Kapital- oder Rentenleistung bestehen. S. o. Note 30.

33) S. §§ 178 ff. HGB. — Bei der hohen wirthschaftlichen Bedeutung und großen Verbreitung dieser Versicherungszweige entspricht neben den öffentlichen Anstalten, die sich mit ihrer Uebernahme befassen, die Aktiengesellschaft am meisten dem praktischen Bedürfniß, weil deren Bestand am wenigsten von der Willkür der Unternehmer abhängt und diese Gesellschaftsform am besten die Ansammlung großer dem Versicherungszweck dienender Kapitalien ermöglicht.

34) Wegen der Konzession s. o. Ziff. 3.

35) Die Unterstützung der Theilnehmer in den vorgesehenen Fällen bildet den Gesellschaftszweck.

36) Selbstverständlich sind fortlaufend die Verwaltungskosten zu decken. Im Uebrigen treten Schwankungen nach Maßgabe der Inanspruchnahme des Vereins ein.

geschehen, die hinsichtlich ihrer Organisation den Vorschriften der §§ 15 ff. d. Ges. v. 12. Mai 1901 entsprechen[37]) und auf Grund der Zulassung Rechtsfähigkeit erlangen[38]). Die Vereine auf Gegenseitigkeitsversicherung sind also heutzutage juristische Personen[39]). Ihre Verfassung wird demgemäß durch eine Satzung bestimmt; sie haben einen besonderen Namen (Firma) und Sitz, und für die Vereinsverbindlichkeiten haftet den Gläubigern nur das Vereinsvermögen[40]). Siehe §§ 17—19 d. Ges. Nach Maßgabe des Bedürfnisses werden sie in doppelter Gestaltung zugelassen:

α. als eingetragene Vereine, die in thunlichstem Anschluß an die für Aktiengesellschaften[41]) geltenden Vorschriften organisirt sind. Ihre Eintragung erfolgt in's Handelsregister[42]), und auch sonst werden sie vielfach den handelsrechtlichen Vorschriften unterstellt[43]). Soweit die Satzung es gestattet, dürfen diese Vereine auch Versicherungsgeschäfte gegen Prämien übernehmen[44]). Vgl. §§ 16, 21, Abs. 2 d. Ges.

β. Demgegenüber stehen nicht eintragungspflichtige Vereine, die einen sachlich, örtlich oder persönlich beschränkten Wirkungskreis haben[45]). Auf dieselben finden in erster Linie die Bestimmungen der

---

37) Der Mangel besonderer gesetzlicher Bestimmungen über diese Gesellschaften hatte dazu beigetragen, das Auftreten schwindelhafter Versicherungsunternehmungen in Form der Gegenseitigkeitsgesellschaft zu begünstigen.

38) S. o. Ziff. 3. Die Zulassung zum Betriebe gibt dem Verein ohne Weiteres Rechtsfähigkeit. Früher hingen die beiden Konzessionen zum Theil von verschiedenen Behörden ab.

39) S. o. Bd. I §§ 50 ff.

40) Ebenso fließen die Beiträge der Mitglieder jetzt in das Vereinsvermögen. Ueber die Beitragspflicht s. insbes. §§ 24—27 d. Ges. v. 12. Mai 1901 und die entsprechenden Bestimmungen der Vereinssatzung. Die Nachschüsse können bis zu einem bestimmten Höchstbetrag begrenzt, aber auch unbeschränkt sein. Ueber die Haftung ein- und austretender Mitglieder für die Beiträge s. § 25, über Aufrechnung § 26 eod. (entsprechend den allgemeinen Grundsätzen).

41) S. o. bei Note 33.

42) S. §§ 8 ff. HGB.

43) Der Umstand, daß den reinen Gegenseitigkeitsvereinen (im Gegensatz zu den unten genannten gemischten Vereinen) nicht der Charakter gewerblicher Unternehmungen innewohnt, schließt das Bedürfniß nicht aus, dieselben in einzelnen Beziehungen, namentlich mit Bezug auf Buchführung, Bilanzen, Stellung des Geschäftspersonals ꝛc. den Kaufleuten gleichzustellen.

44) Der Verein ist alsdann ein gemischter. Einerseits dient er der Gegenseitigkeitsversicherung seiner Mitglieder. Jedes Mitglied muß zugleich in einem Versicherungsverhältniß zum Verein stehen (s. § 20 d. Ges.). Anderseits ermöglicht die Konstruktion dieser Vereine als juristische Personen auch gerade, daß dieselben mit Dritten kontrahiren. Die dritten Versicherten sind lediglich Vereinsgläubiger. S. o. Bd. I §§ 51, 52.

45) Wie örtliche Krankenversicherungskassen, Sterbekassen, Feuerversicherungskassen für engere Berufskreise (Prediger, Schullehrer) ꝛc.

§§ 24—53 BGB. für Vereine, daneben die besonderen Vorschriften Anwendung, welche in § 53 d. Ges. v. 12. Mai 1901 angegeben sind[46]).

Durch diese Umgestaltungen hat das Versicherungsrecht einen überwiegend handelsrechtlichen Charakter gewonnen. Hier sind daher nur die Grundzüge darzustellen.

6. Der Abschluß des Versicherungsvertrages bedarf als Handelsgeschäft keiner besonderen Form[47]). Dies trifft das ganze Gebiet der kaufmännischen Versicherung gegen Prämie[48]). Hinsichtlich der Versicherung auf Gegenseitigkeit geht das Gesetz vom 12. Mai 1901[49]) davon aus, daß das Versicherungsverhältniß des einzelnen Vereinsmitglieds nur Ausfluß der Mitgliedschaft[50]), kein daneben stehendes besonderes Verhältniß ist[51]). Folglich untersteht seine Begründung heutzutage denselben Formen, wie die Aufnahme in den Verein selbst.

Ueber den Versicherungsvertrag pflegt eine Urkunde, die sog. Versicherungspolice ausgestellt und dem Versicherungsnehmer ausgehändigt zu werden[52]). Meist wird die Uebergabe der Police von Zahlung der Prämie für die Versicherungszeit[53]), und von der Uebergabe (oder der rechtzeitigen Prämienzahlung) auch die Wirksamkeit der Versicherung abhängig gemacht[54]). Tritt während der Verzögerung das versicherte Ereigniß ein, so kann sich der Versicherer auf diese Klausel jedoch nur berufen, wenn der Grund der Verzögerung nicht an ihm selbst liegt[55]). Auch sonst unterliegen die in der Police enthaltenen oder

46) Die Anlehnung an das Recht der Aktiengesellschaften ist also hier eine viel geringere. — Diese Vereine dürfen keine Prämienversicherung übernehmen.

47) Die entgegenstehenden Bestimmungen der Partikularrechte sind aufgehoben. S. denn auch z. B. für Preußen ausdrücklich Art. 5 AG.HGB. vom 24. Sept. 1899. — Die gebrauchten Ausdrücke sind wie gewöhnlich gleichgültig, wenn sie nur die beiderseits vorhandene Versicherungsabsicht erkennen lassen. Sogar die Festsetzung von Leibrenten für gewisse Konstellationen kann Versicherung sein. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 28 S. 316.

48) S. o. Ziff. 5a.

49) Vgl. insbes. § 20 d. Ges.

50) S. auch Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 182.

51) Dies hat auch sonstige Konsequenzen. Z. B. sind die Ansprüche der einzelnen Mitglieder auf eine fällig gewordene Versicherungssumme von Erfüllung ihrer eigenen Mitgliedspflichten abhängig. Eine Aufrechnung dieser Pflichten durch das Mitglied ist ausgeschlossen (§ 26 eod.). Im Konkurs des Vereins stehen die Versicherungsforderungen der einzelnen Mitglieder, sofern diesen noch eine Haftpflicht für die Schulden des Vereins obliegt, den anderen Konkursforderungen nach (vgl. § 51).

52) Der Versicherungsnehmer kann die Aushändigung fordern, soweit die Ausstellung der Police den allgemeinen Versicherungsbedingungen (s. o. Ziff. 4) entspricht. S. auch § 784 HGB.

53) Vgl. auch § 812 Abs. 1 HGB.

54) Sodaß also vorher die Versicherungssumme auch bei Eintritt des versicherten Ereignisses nicht verfällt.

55) Z. B. durch Nichtabholung der Prämie, wenn die Abholung bedungen

in Bezug genommenen Versicherungsbedingungen der Auslegung nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte[56]).

Die Police ist an sich nur **Beweismittel** für den Vertrag und dessen näheren Inhalt. Es kann jedoch die Urkunde **zum Träger der Versicherungsforderung** gemacht werden[57]), in dem Sinne, daß nur der Besitzer der Police die Versicherungssumme fordern oder darüber verfügen kann. Die Police wird dadurch zu einem **Werthpapier**[58]), nicht zu einem Inhaberpapiere[59]). Denn sie lautet regelmäßig auf den Namen des Versicherungsnehmers. Der Anspruch auf die Versicherungssumme kann also nur mittelst **Abtretung**[60]) und Uebergabe des Papiers, oder wenn die Police (zulässigerweise) an Order gestellt ist[61]), durch **Indossament** und Uebergabe auf einen Dritten übertragen werden[62]). Zuweilen wird die Police mit der Bestimmung ausgegeben, daß die Versicherungssumme an den **Inhaber** der Urkunde geleistet werden dürfe. Auch das heißt nicht, daß der Inhaber als solcher aus der Versicherung berechtigt sei; es ist blos die an den Inhaber geleistete Zahlung gültig[63]). Vgl. § 808 BGB.

§ 292.

B. Die Schadenversicherung.

Mittelst dieser Versicherung übernimmt der Versicherer unter den oben hervorgehobenen allgemeinen Bedingungen die Ausgleichung eines **Vermögensschadens, welchen die andere Partei aus einem befürchteten bestimmten Ereignisse erleidet, im Rahmen einer im Voraus festgesetzten Summe**[1]).

ist, oder durch Nichtaushändigung der Police, wenn solche ordnungsmäßig (gegen Prämienangebot) schon hätte erfolgen sollen (z. B. sie war noch nicht fertig oder fehlerhaft). S. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 5 S. 116 u. oben § 164 Note 6 u. Cit.

56) S. o. Bd. I § 91. So z. B. hinsichtlich der oft zahlreichen **Verwirkungsklauseln**, welche in den Policebedingungen enthalten sind. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 160, Bd. 16 S. 121, Bd. 18 S. 142 ff., Bd. 26 S. 64 ꝛc.

57) Zufolge besonderer darin aufgenommener Verabredung der Parteien.

58) S. über die Werthpapiere oben Bd. I § 63.

59) S. u. §§ 310 ff.

60) Auch abgesehen davon ist der Anspruch auf die Versicherungssumme nach § 398 BGB. **cedirbar**, und zwar sowohl **vor** als **nach** Eintritt des versicherten Ereignisses. S. auch §§ 891, 899 HGB.

61) Vgl. u. § 314.

62) So die Transportversicherungspolicen nach § 363 Abs. 2, § 891 HGB.

63) Dann ist die Police ein sog. Legitimationspapier. S. u. § 315. Dies ist bei Lebensversicherungspolicen häufig.

1) Diese ist hier die **Versicherungssumme**. Dieselbe wird auch bei Eintritt des versicherten Ereignisses nicht immer ganz, sondern oft nur zum Theil

Hierin liegt:

1. Die Schadenversicherung bezweckt nur den Ausgleich eines Schadens; sie soll nie zu einem Gewinne führen[2]). Die Gefahr der Vernichtung oder Beschädigung von Lebensgütern durch Gewinnaussichten heraufbeschwören, verstieße gegen wirthschaftliche Prinzipien und gegen das Interesse der Allgemeinheit[3]).

Eine andere Frage ist, welcher Schaden[4]) ersetzt wird[5]). Bei der Versicherung von Sachen kommt regelmäßig nur ihr wirklicher Werth, nicht auch das Interesse des Eigenthümers an der Erhaltung der Sachen in Betracht[6]). Doch kann bei Frachtgütern der Werth zur Zeit und am Orte der Ankunft, und auch das Interesse des Absenders an richtiger, insbesondere rechtzeitiger Ankunft der Güter am Bestimmungsorte versichert werden[7]). Ebenso kann auch sonst, soweit keine Verbote entgegenstehen[8]), der volle Betrag des Interesses aus einem bestimmten Ereigniß versichert werden. Daher können z. B. Nießbraucher, Miether und Pächter, Pfandgläubiger 2c. unabhängig vom Eigenthümer ihr Interesse an Erhaltung einer Sache versichern[9]). Immerhin ist aber auch eine solche Interesseversicherung zunächst nur auf den effektiven Schaden des Versicherten zu beziehen; auf ent-

---

fällig, nach Maßgabe des aus dem Ereigniß eingetretenen Schadens. Zugleich aber begrenzt sie den Schadensersatz.

2) D. h. für den Versicherten. Der Versicherer seinerseits wird häufig bei dem Geschäft gewinnen (s. o. § 288 i. f., § 291 Ziff. 2). Der Versicherer muß, um bestehen zu können, auf Grund einer Durchschnittsberechnung die ihm gewährte Vergütung und sein Risiko in Einklang zu bringen suchen. (Ein rechtlich wesentliches Erforderniß des Versicherungsvertrags liegt aber darin nicht. Sowenig wie daß beim Kauf der Preis dem Werthe der Sache entspricht.)

3) Die genannte Beschränkung der Schadenversicherung hat daher den Charakter einer zwingenden Rechtsvorschrift.

4) S. über Schadensersatz und dessen Umfang im Allgemeinen oben § 151 Abs. II bes. Ziff. 1.

5) Den Nachweis seines Schadens hat regelmäßig der Versicherte zu führen. Die Festsetzung der Versicherungssumme ersetzt aus den angeführten Gründen diesen Beweis nicht. Anders bei den sog. „taxirten Policen", wobei die Taxe der versicherten Gegenstände wenigstens zunächst maßgebend ist (der Versicherer kann Gegenbeweis führen). S. § 793 HGB. Entsch. d. RG. Bd. 19 S. 211, Bd. 25 S. 78. Doch wird die Taxe von der Gesetzgebung nicht stets als maßgebend anerkannt.

6) Bei der Feuerversicherung ist aus sicherheitspolizeilichen Gründen sogar regelmäßig eine Versicherung über den gemeinen Werth der Sachen hinaus verboten.

7) Vgl. §§ 799, 801 ff. HGB.

8) Wie z. B. im Fall der Note 6.

9) Soweit sie nicht nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft die Versicherung der Sache überhaupt (also auch für den Eigenthümer) zu nehmen haben. S. z. B. §§ 1045 ff. BGB. Vgl. J. Gierke, Der Versicherungsvertrag beim Nießbrauch in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 40 S. 341.

gangenen Gewinn nur dann, wenn dies in dem Vertrage besonders ausgedrückt ist[10]).

a) Der nach der Verabredung zu ersetzende Schaden bildet den Werth der Versicherung (Versicherungswerth). Derselbe ist in dem Augenblick, da die Versicherung übernommen wird, vielfach ganz unbestimmt. Von ihm verschieden ist die Versicherungssumme, für welche die Versicherung genommen wird. Diese ist beim Vertragsabschluß sofort zu bezeichnen. Sie begrenzt die Ersatzpflicht prozentual und im Maximum. Also

α. wenn die Versicherungssumme den Versicherungswerth übersteigt, so wird nur der letztere vergütet[11]);

β. bleibt die Versicherungssumme hinter dem eingetretenen Schaden zurück, so beschränkt sich die zu leistende Vergütung auf die Versicherungssumme. Im Falle theilweiser Beschädigung der versicherten Gegenstände haftet der Versicherer nur nach dem Verhältniß der Versicherungssumme zum Werth der ganzen Versicherung[12]).

b) Dies gilt auch, wenn für dieselben Gegenstände und dieselbe Gefahr mehrere Versicherungen (bei verschiedenen Unternehmern) genommen sind[13]). Hier redet man von Doppelversicherung[14]). Auch hier soll durch die mehrfache Versicherung nie mehr als der einmalige gesammte Versicherungswerth ersetzt werden. Wenn daher der Gesammtbetrag der Versicherungssummen diesen Werth übersteigt[15]), so muß eine Reduktion stattfinden. Und zwar erfolgt diese bei gleichzeitigem Abschluß der verschiedenen Versicherungsverträge verhältnißmäßig[16]); während bei nacheinander erfolgtem Abschluß

---

10) Vgl. § 801 HGB. Man spricht hier auch wohl vom imaginären Gewinn.

11) Das Plus ist Ueberversicherung. Insoweit ist die Versicherung wirkungslos. Vgl. § 786 Abs. 3 HGB. — Ist nur ein Theil der versicherten Sachen beschädigt, so wird auch nur der daran eingetretene Schaden vergütet.

12) Vgl. §§ 792, 881 HGB. — Bei der Seeversicherung kann gegen Hingabe der versicherten Gegenstände an den Versicherer (Abandon) der ganze Versicherungsbetrag verlangt werden. S. §§ 861 ff. HGB.

13) Bestehen die mehreren Versicherungen für verschiedene Gefahren (z. B. Feuersgefahr — Einbruchsdiebstahl), so sind sie ganz unabhängig voneinander.

14) Vgl. Ehrenberg in Ihering's Jahrb. Bd. 33 S. 460. Auch diese ist jedoch nicht selten gänzlich verboten. So unter Umständen bei der Mobiliarfeuerversicherung in Preußen.

15) Andernfalls kommen die verschiedenen Versicherungssummen zur Auszahlung.

16) Die Reduktion findet also bei sämmtlichen Versicherungssummen nach ihrem Verhältniß zum Gesammtbetrag aller Versicherungssummen statt. Vgl. § 787 HGB.

regelmäßig die zuletzt genommene Versicherung soweit herabgesetzt wird, als sie zur Ueberversicherung führen würde[17]). Der Versicherte hat solchenfalls also nicht einfach die Wahl, welchen Unternehmer und wieweit er denselben in Anspruch nehmen will[18]).

c) *Fehlt dem Versicherten jegliches Interesse* an der Erhaltung des Guts, so liegt kein verbindlicher Vertrag vor[19]). War dem Versicherer dieser Mangel des Interesses nicht bekannt oder erkennbar, so hat er auf die bedungene Vergütung Anspruch[20]).

Dagegen kann man eine Versicherung für das Interesse eines Dritten nehmen, der dann als der *Versicherte* erscheint[21]). Man spricht hier auch von Versicherung für fremde Rechnung[22]). Gleichgültig ist, ob der Versicherungsnehmer sich die Vergütung[23]) vom Dritten erstatten läßt[24]), oder ob die Versicherungssumme bei Eintritt des Unfalls *direkt an den Versicherten verfällt*[25]). Der Versicherungsvertrag wird hier *zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer*, aber über *fremde Interessen* geschlossen. Zur Gültigkeit ist *Offenlegung dieses Verhältnisses* in dem Vertrage geboten[26]). Der dritte Versicherte ist entweder genau zu bezeichnen oder

---

17) Anders nur, wenn die spätere Versicherung *gerade für den Fall genommen wurde*, daß die frühere dem Versicherten nicht genügende Sicherheit biete oder nicht zu Recht bestehe. Oder wenn dem späteren Versicherer nach dem Vertrag die Rechte aus der früheren Versicherung *abgetreten*, oder ihm beim Vertragsschluß bekannt gegeben wurde, daß auf die frühere Versicherung (ganz oder bis zum Belauf der Ueberversicherung) *verzichtet* werde. Vgl. §§ 788, 789 HGB.

18) Verzichtet er z. B. gegenüber dem einen Unternehmer auf seine Ansprüche, so thut er dies auf seine Gefahr (er kann sich nicht an den anderen entsprechend erholen).

19) Sondern eine sog. Wettassekuranz. Vgl. darüber *Ehrenberg* S. 319. Dieselbe ist als Versicherungsvertrag ungültig. Sie ist ein Spiel.

20) Der Vertrag ist dann nur für den Versicherer unverbindlich. Vgl § 811 HGB.

21) S. o. § 291 Note 1.

22) Vgl. *Hellwig*, Verträge auf Leistung an Dritte S. 541 ff.

23) Die er natürlich nach Maßgabe des Versicherungsvertrages zu zahlen hat.

24) Die Erstattung ist eine interne Frage zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherten. Sie kann zu bejahen sein aus dem Gesichtspunkt einer nützlichen Geschäftsführung (s. o. §§ 254 ff.). Sie kann zu verneinen sein aus dem Gesichtspunkt einer Schenkung (s. auch § 685 BGB.).

25) Dies beurtheilt sich nach der Parteiabsicht, und zwar regelmäßig danach, *ob ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegt*. Dies ist keineswegs immer oder sogar nur vermutheterweise der Fall. S. auch *Ehrenberg* in Jhering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 30 S. 425, *Hülße* in d. Ztschr. f. Versicherungsrecht Bd. 5 S. 237, 433 u. oben §§ 179, 180.

26) Andernfalls fällt der Vertrag unter die Bestimmungen des vorigen Absatzes.

seine spätere Bezeichnung ist vorzubehalten[27]). Zur Geltendmachung des Anspruchs auf die Versicherungssumme[28]) ist in diesen Fällen jedoch nicht nur erforderlich, daß die Person des Versicherten inzwischen feststeht, sondern daß letzterer auch entweder den Anspruch selbst erhebt[29]) oder der Geltendmachung durch den Versicherungsnehmer zustimmt[30]). Eine Abtretung des Anspruchs oder sonstige Verfügung über denselben von Seiten des Versicherungsnehmers ist auch schon früher zulässig[31]).

2. Beim Abschluß des Vertrages hat der Versicherungsnehmer dem Versicherer alle ihm bekannten[32]) *Umstände anzuzeigen, welche für die zu übernehmende Gefahr erheblich sind*[33]). Erheblich in diesem Sinne sind nicht blos die Umstände, die im gegebenen Fall den Unfall herbeiführten oder für sein Entstehen oder seinen Umfang mitwirkend waren, sondern *sämmtliche Thatsachen, deren Kenntniß geeignet war, auf den Entschluß des Versicherers Einfluß zu üben*, die Versicherung überhaupt oder unter den festgesetzten Bedingungen zu übernehmen[34]). Erheblich sind daher regelmäßig sämmtliche Punkte, nach denen der Versicherer besonders gefragt hat[35]).

Wird die Anzeige solcher Umstände schuldhaft unterlassen[36]) oder eine falsche Auskunft ertheilt[37]), so ist der Vertrag für den Versicherer

27) Sog. Versicherung für „wen es angeht". Vgl. § 781 HGB.

28) Der Versicherungsnehmer ist sofort verpflichtet. Z. B. auf Zahlung der Prämie.

29) Bei Vorliegen eines Vertrages zu Gunsten Dritter. S. o. Note 25.

30) Sei es daß er von Anfang an einverstanden war (was sich auch aus seinem ganzen Verhalten ergeben kann) oder daß er nachträglich genehmigt. — Andernfalls kann man nicht sagen, daß ein ersatzfähiger Schaden vorliegt. § 782 HGB. Vgl. auch Lewis S. 135, Ehrenberg S. 316.

31) Namentlich wenn er in der Lage ist, mit der Abtretung die Police zu übergeben. S. o. § 291 am Ende.

32) Wird der Vertrag durch einen *Vertreter* geschlossen, so kommt auch dessen Kenntniß in Betracht. Bei Versicherung für fremde Rechnung auch die *des Versicherten* oder eines etwaigen Zwischenbeauftragten. S. §§ 806 Abs. 2, 807 HGB.

33) Vgl. P. Meyer, Die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers (1897).

34) Welche Thatsachen dazu gehören, ist aus den Umständen des Falles zu beantworten. Es gehört dahin z. B. bei der Feuerversicherung die Nachbarschaft brennbarer oder explosiver Gegenstände. Es kommt darauf an, von wem und zu welchen Zwecken die zu versichernden Gegenstände benutzt werden. Ebenso wem sie gehören (s. zum letzteren Punkt schon oben Ziff. 1 zu Noten 9 und 21.

35) Anderweitig angestellte *eigene Untersuchungen des Versicherers* entlasten den Versicherungsnehmer nicht (entbinden ihn nicht von der Auskunftspflicht), falls nicht die Ausnahme der Note 40 zutrifft.

36) Vgl. Entsch d. RG. Bd. 10 S. 158 ff. Der Versicherungsnehmer hat den Beweis der Schuldlosigkeit zu führen. A. M. Lewis S. 78, Ehrenberg S. 343.

37) Es gilt das Gleiche wie soeben. Nachdem die Unrichtigkeit der Angaben feststeht, hat der Versicherungsnehmer sich zu exkulpiren. — Doch ist eine

unverbindlich[38]); bei der Seeversicherung sogar ohne Rücksicht auf Verschulden[39]). Dagegen ist der Vertrag vollgültig, soweit der wahre Sachverhalt dem Versicherer bekannt war oder bekannt sein mußte[40]).

3. Die Gefahr, gegen welche sich die Versicherung richtet, muß eine ungewisse, sie braucht nicht nothwendig eine zukünftige zu sein. Man kann also eine Versicherung auch wegen solcher Ereignisse nehmen, die zur Zeit des Vertragsschlusses bereits eingetreten oder ohne Schadensfolge vorübergegangen sind. Nur muß das Ergebniß den Parteien unbekannt sein[41]). War das Resultat beim Vertragsabschluß dem einen Theile bekannt, so ist der Vertrag für den anderen Theil unverbindlich[42]).

Im Uebrigen kann die zu versichernde Gefahr von jeder Art sein, falls nur der Vertrag nicht gegen die allgemeinen Geschäftsschranken verstößt[43]). Doch wird regelmäßig nur der Schaden aus bestimmten größeren und häufig wiederkehrenden Ereignissen versichert[44]). Hauptfälle der Schadenversicherung sind hiernach

a) die Feuerversicherung von beweglichen Sachen und Grundstücken. Sie unterliegt besonderen Beschränkungen und polizeilicher Ueberwachung[45]). Hier erstreckt sich die Ersatzpflicht regelmäßig auch auf Beschädigung beim Löschen und Fortschaffen der Gegenstände.

Angabe nicht als unrichtig oder unvollständig zu betrachten, wenn sie im Leben für gewöhnlich als ausreichend betrachtet wird. So z. B. wenn der Ehemann die gemeinschaftlichen Mobilien des Haushalts als „sein Eigenthum" versichert. S. dazu übrigens Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 137.

38) Der Versicherte bleibt zur Zahlung der bedungenen Vergütung verpflichtet. Vgl. § 811 HGB.

39) S. §§ 808, 809 HGB. und über eine eventuelle Theilung des Vertrages (nach dem Grundsatz: utile per inutile non vitiatur) das. § 810.

40) Nach § 808 Abs. 2 HGB., wenn ein nicht angezeigter Umstand als dem Versicherer bekannt vorausgesetzt werden durfte. Dies ist objektiv, also kaum anders als der Text zu verstehen.

41) War es ihnen beiderseits bekannt, so liegt jedenfalls kein Versicherungsvertrag vor. Ob ein anderer Vertrag (Schenkung ꝛc.), ist Thatfrage. S. § 785 Abs. 2 HGB.

42) Vgl. § 785 HGB. — Wird nach Abschluß des Vertrages der versicherte Gegenstand der Gefahr nicht ausgesetzt, gegen die sich die Versicherung richtet, so kann nach §§ 894 ff. HGB. gegen Aufopferung eines Theils der Prämie von der Versicherung zurückgetreten werden (Ristorno).

43) Z. B. indem er unerlaubte oder überhaupt unsittliche Handlungen befördert. Dann ist er selbst unerlaubt. S. o. Bd. I § 85. — Positiv kann nach § 780 HGB. die Heuerforderung des Schiffers und der Schiffsmannschaft nicht versichert werden, damit diese nicht das Interesse an der Erhaltung des Schiffes verlieren. Ein anderes Beispiel oben Note 6.

44) Die Bezeichnung der Gefahr, gegen welche sich die Versicherung richtet, ist ein Hauptpunkt des Versicherungsvertrags. Die Versicherung bezieht sich auf Schäden aus dieser, nicht aus anderen Gefahren.

45) Um Brandstiftung zu verhüten. S. schon oben Noten 6 u. 14.

b) Die Transportversicherung gegen die Gefahren des Transports beweglicher Sachen: vor Allem zur See[46]), dann aber auch zu Lande und auf Binnengewässern. Sie umfaßt alle Gefahren, welchen die versicherten Güter auf der Reise ausgesetzt sind; insbesondere auch diejenigen aus Diebstahl und Verlust der Güter durch die den Transport ausführenden Organe und durch Dritte[47]), nicht aber Schäden, die auf der inneren Beschaffenheit des Guts oder sonstigen vom Absender zu vertretenden Umständen beruhen[48]).

c) Die Versicherung gegen Hagelschlag, Einbruchsdiebstahl, Viehseuchen, Bruch von Spiegelglas, Untreue von Angestellten[49]) u. s. w. Endlich

d) die sog. Rückversicherung[50]), durch welche der Versicherer sich seinerseits gegen die Gefahren versichert, die ihm aus dem Abschluß von Versicherungsverträgen entstehen. Dies kann sich auf schon abgeschlossene und zukünftige Verträge beziehen, auf den ganzen Verlust des Versicherers oder nur auf bestimmte Beträge[51]). Der Rückversicherer hat, im Rahmen seiner Versicherungssumme, nur den Verlust zu decken, der dem ersten Versicherer aus seiner Versicherung entsteht. Die Feststellung des Schadens erfolgt dann meist für beide Versicherer gemeinschaftlich[52]).

4. Die Versicherungssumme verfällt nicht, wenn das Ereigniß, gegen welches sich die Versicherung richtet, vom Versicherten selbst schuldhaft herbeigeführt ist[53]). Das Verschulden seiner Leute, Familienglieder u. s. w. steht aber hierin dem eigenen Verschulden des Versicherten nicht gleich[54]). Bei der Feuerversicherung schließt regel-

46) Dies ist die sog. Seeversicherung. S. §§ 778 ff. HGB. Hauptfälle in § 779 eod.

47) Ausführliche Aufzählung im Fall der Seeversicherung in §§ 820 ff. HGB. Abgesehen davon bezeichnen meist die allgemeinen Versicherungsbedingungen den Kreis der Unfälle, für die Ersatz geleistet wird, genauer. Beim Land- uud Binnentransport werden außergewöhnliche Ereignisse vielfach ausgeschlossen.

48) Z. B. auf Mängeln der Verpackung, wenn der Absender die Verpackung zu besorgen hatte u. dgl.

49) Auch in Gestalt der sog. Kautionsversicherung.

50) Vgl. Ehrenberg, Die Rückversicherung (1885).

51) Namentlich für denjenigen Theil der Versicherungssumme, welcher einen gewissen statutarisch festgesetzten Höchstbetrag überschreitet, besteht oft die Rückversicherungspflicht. Man spricht hier von einem sog. Excedentenvertrag. Vgl. dazu Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 42.

52) Oder es wird bestimmt, daß die zwischen dem ersten Versicherer und dem Versicherten stattfindende Feststellung auch für den Uebernehmer der Rückversicherung maßgebend sei u. dgl.

53) Vgl. auch § 821 Ziff. 4 HGB.

54) Abgesehen von besonderen Bestimmungen. Solche enthalten vielfach die Versicherungsbedingungen. — Ein Verschulden des Versicherungsnehmers

mäßig nur Vorsatz und grobes Verschulden die Verpflichtung des Versicherers aus[55]).

Ebenso wird der Versicherer frei, wenn die den versicherten Gegenständen drohende Gefahr durch das Verhalten des Versicherten kontraktwidrig vergrößert wird[56]). Ja nach den Versicherungsbedingungen vielfach schon dann, wenn die Modalitäten der Gefahr nur ohne Zustimmung des Versicherers verändert werden[57]). Auch wenn der versicherte Gegenstand veräußert wird, kann der Versicherungsnehmer den Versicherer von dem Augenblicke, da die Gefahr auf den Erwerber übergeht, für eintretende Schäden nicht mehr in Anspruch nehmen[58]). Doch kann er seine Ansprüche aus der Versicherung an den Erwerber des Gegenstandes abtreten[59]). Letzterer hat die gewöhnlichen Rechte eines Cessionars[60]) oder Indossatars[61])[62]). War mit der Veräußerung eine Gefahrveränderung verbunden, so kann der Versicherer seine hieraus sich ergebende Befreiung[63]) auch gegen den Erwerber geltend machen.

---

wird, wo er vom Versicherten verschieden ist, dem des letzteren regelmäßig gleichgestellt.

55) Vielfach erlischt die Verpflichtung des Versicherers, wenn ihm von dem Eintritt des Unfalles nicht unverzüglich Anzeige gemacht wird.

56) Z. B. durch Anlegung eines feuergefährlichen Betriebes in dem versicherten Hause u. s. w. — Bei Eintritt des Unfalls erlischt die Pflicht des Versicherers, wenn der Versicherte nicht sofort geeignete Maßregeln zur Verhütung einer größeren Ausdehnung des Schadens trifft, z. B. bei Brand, wenn er zugegen ist und nicht rechtzeitig Hülfe requirirt.

57) Z. B. durch Ueberführung der gegen Feuersgefahr oder Einbruchsdiebstahl versicherten Sachen in eine andere Wohnung, wenn dieselbe auch gerade so sicher ist, wie die frühere.

58) Vgl. J. Gierke, Die Versicherungsforderung bei Veräußerung der versicherten Sache (1899).

59) S. o. § 291 zu Note 60 ff. Zuweilen folgt der Uebergang von Rechtswegen. So regelmäßig in Preußen zu Gunsten des Erwerbers einer Sache. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 316. — Das Pfandrecht an Immobilien erstreckt sich kraft Gesetzes auf die Versicherungssumme. S. §§ 1127 ff. BGB.

60) S. o. § 200 insbes. Ziff. II sowie § 899 HGB. — Erfolgt der Uebergang von Rechtswegen (s. Note 59), so tritt der Erwerber in die Rechte und Pflichten aus der Versicherung ein. S. RG. a. a. O. S. 321.

61) Wenn die Police an Order gestellt ist. S. o. § 291 Note 61 ff. Dies ist insbesondere wegen der Einwendungen wichtig, die der Versicherer dem neuen Gläubiger entgegensetzen kann. Vgl. darüber Bd. I § 63 zu Note 18. Hier sind Einwendungen aus der Person des Vormanns regelmäßig gegen den gutgläubigen Erwerber der Police nicht zulässig. Hat dieser aber falsche Angaben (Ziff. 2 oben) gemacht, so ist dies etwas, was der Versicherung (dem Rechte aus der Police) inhärirt. S. auch § 899 Abs. 4 HGB.

62) War die Police ein Legitimationspapier (s. o. § 291 Note 63), so hat der Inhaber als solcher keine Rechte; der rechtmäßige Erwerber die gewöhnlichen Rechte eines Cessionars ꝛc. (vorbehaltlich des Rechts des Versicherers, sich durch Zahlung an den Inhaber zu befreien).

63) In Gemäßheit des oben bei Note 56—57 Gesagten. Ebenso § 899 Abs. 2 HGB.

§ 293.

C. Die Summenversicherung.

Die Summenversicherung bezweckt nicht die Ausgleichung eines den Versicherten treffenden Schadens, sondern vielmehr die Auszahlung einer festgesetzten Geldsumme an den Versicherten[1]) für den Fall, daß ein bestimmtes Ereigniß eintritt, das nach gewöhnlichem Verlauf der Dinge einen größeren Geldaufwand für den Versicherten erfordert[2]). Die zu leistende Summe ist hier häufig nicht eine einmalige[3]), sondern nimmt den Charakter einer Rentenleistung an[4]). Die Versicherung ist eine solche auf Kapital oder auf Renten[5]).

1. Der Hauptunterschied von der Schadenversicherung liegt darin, daß die Versicherungssumme hier beliebig hoch gewählt werden darf und bei Eintritt des versicherten Ereignisses voll zur Auszahlung gelangt, gleichviel ob das vorausgesetzte Geldbedürfniß eintritt oder nicht, oder ob es die Höhe der Versicherungssumme erreicht[6]). Es gibt hier keinen von der Versicherungssumme verschiedenen Versicherungswerth[7]); auch Doppelversicherung ist unbeschränkt gestattet.

Gleichwohl ist auch die Summenversicherung kein Spiel[8]) trotz der genannten Willkürlichkeiten. Die versicherten Ereignisse sind keine beliebigen, sondern solche, an deren Eintritt oder Nichteintritt der Versicherungsnehmer ein Interesse hat[9]) — die also den vor-

---

1) Dies ist die Versicherungssumme, die im Gegensatz zu § 292 hier regelmäßig ganz oder gar nicht verfällt.

2) Dagegen wird nicht im Einzelnen festgestellt, ob der Versicherte im gegebenen Falle wirklich diesen Aufwand macht, namentlich auch in Höhe der Versicherungssumme (Note 1). Der Vertrag baut sich auf allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen auf.

3) Also ein Kapital.

4) Weil der Aufwand aus dem versicherten Ereigniß ein dauernder ist.

5) Möglicherweise sogar auf Leibrenten. S. o. § 291 Note 47 u. Cit.

6) Diese Versicherung führt also oft zu einem Gewinne des Versicherungsnehmers. Nicht nur der Versicherer kalkulirt hier sein Risiko, wie oben § 292 Note 2 entwickelt, sondern auch der Versicherungsnehmer die Chancen seines Gewinns aus einem dem Durchschnitt widersprechenden Eintritt des versicherten Ereignisses.

7) Eine Ueberversicherung ist hier undenkbar. — Der Beweis bei Verfall der Versicherungssumme beschränkt sich auf den Eintritt des Ereignisses, von welchem die Zahlung der Summe abhängig gemacht worden ist.

8) Sie ist kein einfaches „Setzen von Summen auf ungewisse Ereignisse" zum Gewinn oder Verlust der einen oder anderen Partei. Der Unterschied davon ergibt sich aus den nachfolgend auseinandergesetzten wirthschaftlichen Gesichtspunkten, denen die Versicherung dient.

9) Wie bei der Schadenversicherung. S. o. § 292 Note 19 ff.

ausgesetzten Geldbedarf entweder bei ihm selbst oder mittelbar bei Personen herbeiführen, an deren Wohlergehen er interessirt ist[10]).

Aus dem Gesagten folgt, daß man auch hier das Interesse eines Dritten versichern kann. Nur muß dies in dem Vertrage deutlich zu Tage treten[11]) und selbstverständlich dürfen allgemeine Vertragsschranken nicht entgegenstehen[12]). Sonst aber kann man ein fremdes Leben versichern, z. B. in der Form daß der Versicherer für den Fall, daß der Versicherte einen bestimmten Zeitpunkt oder ein Ereigniß erlebt[13]), ein Kapital oder eine Rente zu zahlen hat. Dabei ist die Versicherungssumme an den Versicherungsnehmer zu zahlen, — an den Versicherten[14]) nur auf Grund einer besonderen Bestimmung des Vertrages[15]). Ist die direkte Auszahlung an den Versicherten bedungen, so spricht die Vermuthung für einen Vertrag zu Gunsten Dritter[16]). Es hat also dann der Versicherte einen selbständigen Anspruch auf die Versicherungssumme[17]). § 330 BGB.[18]). Macht der Versicherte den Anspruch nicht geltend, so ist seine Zustimmung zur Geltendmachung durch den Versicherungsnehmer nicht unbedingt zu fordern[19]), vielmehr hängt dies von der besonderen Art der Versicherung ab, z. B. ob sie ohne Zustimmung des Dritten überhaupt genommen werden konnte[20]).

---

10) Z. B. bei seiner Ehefrau, seinen Kindern und sonstigen Anverwandten. — Fehlt das Interesse, so gelten die entsprechenden Grundsätze wie bei der Schadenversicherung.

11) Es gilt entsprechend oben § 292 Note 26 ff.

12) S. § 292 Note 43. Z. B. eine Versicherung für den Todesfall auf den Kopf einer Person, an deren Wohlergehen der Versicherungsnehmer kein Interesse hat; insofern sie die Gefahr einer Verletzung jener Person nahelegt, um die Versicherungssumme zu gewinnen.

13) Oder auch blos, daß er heirathet oder zum Militärdienst eingezogen wird ꝛc.

14) D. i. hier der, auf dessen Kopf (auf dessen Leben ꝛc.) die Versicherung gestellt ist.

15) Entsprechend dem oben § 292 zu Note 25 Gesagten.

16) S. o. § 180 Note 7.

17) Das hier für Lebensversicherung Bemerkte gilt nicht kraft Gesetzes auch für die Invaliditäts-, Alters-, Aussteuer- und Militärdienstversicherung (§ 6 Abs. 3 d. Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 bezieht sich darauf nicht). Die Gleichstellung ist Thatfrage, aber sicher oft anzunehmen.

18) In den genannten Fällen gehört die Versicherungssumme nicht zum Nachlaß des Versicherungsnehmers; sie fällt nicht in dessen Gütergemeinschaft. S. noch Ehrenberg in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 41 S. 341 bes. S. 403, aber auch u. Note 21.

19) Anders als in § 292 Note 30, weil hier kein Schadensersatz in Frage steht.

20) Z. B. von Eltern im Interesse des Wohlergehens ihrer Kinder und in Rücksicht der eventuellen eigenen Alimentationspflicht. Nach Preuß. ALR. II

Wer sich selbst auf den Todesfall versichert, kann zwar die Versicherungssumme nicht selbst genießen, schließt aber dennoch regelmäßig den Vertrag für sich selbst, nicht für seine Erben ab[21]). Die Versicherungssumme gehört also zu seinem Nachlaß[22]) und die Erben erhalten sie nur in dieser ihrer Eigenschaft.

Die Abtretung der Rechte aus der Versicherung untersteht den allgemeinen Grundsätzen[23]), ist also regelmäßig zulässig.

2. Auch hier hat der Versicherungsnehmer[24]) alle für die Uebernahme der Versicherung wichtigen Punkte dem Gegner anzuzeigen, resp. auf die vorgelegten Fragen wahrheitsgemäße Antwort zu geben. So z. B. über eine etwaige Krankheit des Versicherten, die Gefährlichkeit seiner Berufs- oder sonstigen Beschäftigung. Die Folgen eines Verstoßes in dieser Richtung sind dieselben wie bei der Schadenversicherung[25]).

3. Die Hauptfälle der Summenversicherung sind[26])

a) die Lebensversicherung[27]). Hier hängt die Zahlung der Versicherungssumme[28]) von der Lebensdauer einer bestimmten Person

---

Tit. 8 § 1973 ist eine Versicherung auf das Leben eines Dritten mit dessen gerichtlicher Einwilligung zulässig. S. anderseits oben Note 12.

21) Auch wenn die Versicherung in der Police als eine solche zu Gunsten der Erben bezeichnet ist. Denn nicht der Wortlaut, sondern der Sinn entscheidet. Die Vermuthung des § 330 BGB. trifft hier nicht zu.

22) Ebenso wie sie als abgekürzte Lebens- oder Invalidenversicherung auch in seine etwaige Gütergemeinschaft fallen würde. Vgl. dazu Entsch. d. RG. Bd. 16 S. 129, Bd. 32 S. 162 u. oben § 180 Note 9.

23) Vgl. o. § 291 gegen Ende, § 292 Noten 59 ff.

24) Resp. eventuell auch sein Vertreter und der Versicherte. S. o. § 292 Ziff. 2.

25) Vgl. o. § 292 zu Note 36 ff. Doch kann im Vertrage festgesetzt sein, daß falsche Angaben, namentlich nach Ablauf einer gewissen Anzahl von Jahren, dem Versicherer keinen Anlaß zu Einwendungen gegen die Zahlung der Versicherungssumme geben sollen. Sog. unanfechtbare Policen. Doch gilt dies nur abgesehen von nachgewiesener Arglist des Versicherungsnehmers. S. u. Note 37.

26) Auch hier tritt eine dem Ristorno (§ 292 Note 42) ähnliche Behandlung ein, wenn vor Eintritt des versicherten Ereignisses aus irgend einem Grunde (z. B. auch wegen Unmöglichkeit der Aufbringung der Prämien) von der Versicherung zurückgetreten wird. Die Klausel des Rücktritts ist hier besonders häufig (vgl. o. §§ 174 ff.) und in die allgemeinen Vertragsbedingungen aufgenommen. Es wird aber (wegen des schon gelaufenen Risikos) nicht schlechthin ex tunc resolvirt, sondern der Versicherer behält regelmäßig einen Theil der geleisteten Prämien. Oft geschieht dies unter dem Gesichtspunkt eines für solche Fälle bedungenen Rückkaufs der Police ꝛc.

27) Vgl. Staudinger, Lebensversicherungsvertrag (1858); Hinrichs Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 20 S. 339; Predöhl das. Bd. 22 S. 441; Ehrenberg das. Bd. 32 S. 409, Bd. 33 S. 1; Heck im Archiv f. bürg. Recht Bd. 4 S. 17; Ehrenberg in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 41 S. 341.

28) Kapital oder Rente. S. o. vor Ziff. 1.

ab. Und zwar am einfachsten so, daß die Zahlung beim Tode jener Person erfolgt (Versicherung auf den Todesfall). Die Summe ist entweder beim Tode eines Dritten an den Versicherungsnehmer, oder bei dessen Tod an seine Erben oder bestimmte Dritte zu entrichten[29]). Oder die Versicherung ist so gemeint, daß es darauf ankommt, ob der Versicherte einen bestimmten Zeitpunkt oder ein Ereigniß erlebt (Versicherung auf den Lebens- oder Erlebensfall) mit ähnlichen Variationen. Oder die Versicherungssumme ist zu zahlen sowohl wenn der Versicherte stirbt, als auch wenn er ein gewisses Alter[30]) erreicht (sog. abgekürzte Lebensversicherung).

b) Der Versicherung auf den Erlebensfall sind rechtlich verwandt die sog. Aussteuer- und Militärdienstversicherung, für die Fälle daß die versicherte Person heirathet oder zum Heeresdienst eingezogen wird[31]).

c) Der Versicherung auf den Todesfall ähnelt die Unfallversicherung. Hier verfällt die Versicherungssumme nicht blos beim Tode, sondern auch bei Verletzung des Versicherten durch Unglücksfälle bestimmter Art. Die Höhe des zu leistenden Betrags wird regelmäßig nach der Schwere der Verletzung abgestuft[32]).

d) Andere vorkommende Fälle sind Krankenversicherung, Diätenversicherung (z. B. bei Einziehung zum Geschworenendienst ꝛc.).

4. Auch hier wird der Versicherer frei, wenn der Versicherte das Ereigniß, von dem die Zahlung der Versicherungssumme abhängt, selbst schuldhaft herbeiführt oder die Gefahr, die der Versicherer läuft, willkürlich vergrößert[33]). So z. B. wenn er Selbstmord begeht[34]), oder wenn er nur einen gefährlicheren Beruf ergreift oder sein Leben sonst willkürlich auf's Spiel setzt[35]). Doch können Einwendungen dieser Art gegen die Zahlung der Versicherungssumme vertraglich aus-

---

29) Ueber diese verschiedenen Möglichkeiten schon oben Note 13 ff.

30) Z. B. 50, 60, 70 Jahre (mit entsprechend verschiedener Prämienhöhe).

31) Insofern sind diese beiden Versicherungen gewissermaßen Gegenstücke (für die beiden Geschlechter). Wirthschaftlich leistet übrigens die Versicherung bei lit. a mehr.

32) Schon im Vertrag! Es bleibt also bei dem Prinzip der Summenversicherung. (Der Fall unterscheidet sich von der Schadenversicherung ähnlich wie Konventionalstrafe und Schadensersatz.)

33) Vgl. die auch hier größtentheils zutreffenden Ausführungen oben § 292 Ziff. 4.

34) Es sei denn in Krankheitszuständen, die ein Verschulden ausschließen.

35) Z. B. durch Zweikampf. — Nicht aber, wenn er im Nothfall in's Wasser springt, um einen Ertrinkenden zu retten.

geschlossen werden[36]) vorbehaltlich der (unverzichtbaren) Berufung des Versicherers auf arglistiges Handeln[37]).

§ 294.

D. Die Arbeiterzwangsversicherung*.

I. Aus sozialpolitischen Gründen ist ein Versicherungszwang eingeführt für diejenigen (wirthschaftlich schwächeren) Klassen der Bevölkerung, welche durch Lohnarbeit[1]) ihr Dasein fristen. Wird der Arbeiter durch Krankheit, Unfälle (die namentlich im Arbeitsbetrieb leicht eintreten) oder Invalidität an Fortsetzung seiner Thätigkeit gehindert, so fiel er ehedem häufig dem Elend und der gewöhnlichen Armenpflege anheim. Hiergegen richtet sich eine heutzutage organisirte Versicherung, die aber (wegen der Indolenz der Massen) zwangsweise durchgesetzt werden muß. Den Charakter einer Versicherung verliert sie dadurch nicht[2]). Handelt es sich auch um eine im öffentlichen Interesse geschaffene und daher großentheils mit öffentlichrechtlichen Elementen durchsetzte Einrichtung, so hat sie doch einen privatrechtlichen Kern, der immer bewußtermaßen festgehalten wurde: nämlich daß die Arbeiter sich durch diese Institution selbst helfen, sich die ihnen zu gewährende Unterstützung[3]) selbst verdienen sollen. Den von ihnen zu leistenden Beiträgen kann hiernach nur der Charakter von Versicherungsprämien beigelegt werden.

Anderseits haben auch die Arbeitgeber einen Theil der Beiträge

---

36) Namentlich für die Zeit nach Ablauf einer gewissen Anzahl von Jahren seit Abschluß des Versicherungsvertrags. Ueber die sog. unanfechtbaren Policen s. schon oben Note 25.

37) Ein pactum de dolo non praestando wäre auch in dieser Gestalt ungültig. S. o. Bd. I § 85 Ziff. 2b.

*) Vgl. Rosin, Das Recht der Arbeiterversicherung; Weyl, Lehrb. des Reichsversicherungsrechts (1894); Mandry-Geib, Civilr. Inhalt d. Reichsgesetze. §§ 14 u. 49.

1) Vgl. o. §§ 257 ff.

2) Allerdings sind die Arbeiter regelmäßig schon ohne Weiteres durch Eintritt in einen versicherungspflichtigen Betrieb versichert. D. h. einer besonderen Erklärung, sich versichern zu wollen, bedarf es nicht. Aber sowenig z. B. das Konsensprinzip im Grundbuchrecht durch den Umstand durchbrochen wird, daß die erforderliche Erklärung der Betheiligten (nach § 894 CPO.) bei Renitenz erzwungen (d. h. ersetzt) werden kann, sowenig ist es hier der Fall. Der Eintritt in den versicherungspflichtigen Betrieb ersetzt die Versicherungserklärung. — Hierfür spricht auch die Geschichte des Instituts, nach welcher man es zunächst mit freiwilligen Einrichtungen versuchte, und erst nach und nach aus praktischen Rücksichten zu der jetzigen Form überging.

3) Diese ist nicht von der Bedürftigkeit des Empfängers abhängig, — eine Versicherungssumme.

zu leisten[4]), weil die Arbeiter allein dazu nicht im Stande sind. Die juristische Rechtfertigung liegt in der Fürsorgepflicht des Dienstherrn für seine Arbeiter[5]). Diese rechtfertigt hier (namentlich bei Betriebsunfällen) ein Einkaufen des Arbeiters in die Versicherung[6]). Schließlich hat, um die Zwangsdurchführung zu ermöglichen (und weil es sich vielfach um die Folgen von Zufällen handelt, die ehedem in Form der Armenpflege 2c. die öffentlichen Kassen belasteten), auch das Reich einen Theil der Zuschüsse übernommen.

Hiernach ist der Anspruch des Arbeiters auf die ihm im gegebenen Fall zu leistende Unterstützung privatrechtlicher (nicht öffentlich-rechtlicher) Natur[7]). Er hat vertragsmäßigen (nicht deliktischen) Charakter. Er erscheint als Ausfluß eines theils vom Arbeiter selbst, theils vom Dienstherrn (in Ausführung seiner kontraktmäßigen Fürsorgepflicht) begründeten Versicherungsverhältnisses unter Konkurrenz von Staatszwang und Staatshülfe[8]).

1. Die Arbeiterzwangsversicherung beruht auf den sog. Reichsversicherungsgesetzen[9]): dem Krankenversicherungsgesetz vom 10. April

---

4) Soweit die Versicherung in Form des Beitritts zu einer genossenschaftlichen Organisation (s. o. Bd. I § 49 bei Note 10) erfolgt, müssen wir sagen, daß dieser Beitritt den Abschluß des Versicherungsvertrags zu Gunsten des Arbeiters in sich schließt. Vgl. darüber schon oben § 291 Ziff. 6 in Kombination mit einer Versicherung zu Gunsten Dritter.

5) S. darüber oben § 257 Ziff. 3, § 258 Ziff. II.

6) Resp. die Beihülfe zur Aufbringung der Prämien durch die Arbeiter, je nach der Verschiedenheit der einzelnen Fälle.

7) Wenn er auch nicht im Rechtsweg, sondern in einem besonderen (regelmäßig schiedsgerichtlich organisirten) Verwaltungsverfahren verfolgbar ist. Siehe schon oben Bd. I § 14 Note 9. — Ebensowenig spricht gegen das Gesagte, daß die Beiträge, die von den Betheiligten zu leisten sind, als öffentliche Abgaben eingezogen werden. Dies kommt auch sonst bei der Versicherung, wo sie durch öffentliche Anstalten geschieht, vor. S. o. § 291 Ziff. 3 u. 5.

8) Uebrigens ist die Konstruktion bestritten. Vgl. die Litteraturangaben bei Weyl S. 877 ff.

9) Der Ursprung des Instituts lag im Bergrecht. Zur Unterstützung erwerbsunfähiger Bergleute und ihrer Angehörigen hatten sich schon verhältnißmäßig früh Knappschaften gebildet, welche die Gesammtheit der Bergleute eines bestimmten Bezirks umfaßten. Das moderne Recht hat den darin enthaltenen Gedanken auf die industriellen Arbeiter überhaupt übertragen, und schließlich auch je nach Bedürfniß auf andere z. B. land- und forstwirthschaftliche Arbeiter. Inhaltlich geht die Ausdehnung von der Krankenversicherung zu einer solchen gegen Betriebsunfälle, und schließlich gegen alle Folgen der Invalidität. — Die Form war ehedem entweder Kassenzwang (nach Aufhebung des alten Zunftzwangs, wo die Zunft ihren Mitgliedern Unterstützung bot, suchte man diese Seite des alten Rechtes zu erhalten, indem man durch Ortsstatut oder durch Anordnung im Verwaltungswege die Fabrikarbeiter, Gesellen, Gehülfen, Lehrlinge 2c. zum Beitritt zu gewissen Kassen resp. Verbindungen zwecks gemeinsamer Unterstützung zwang: vgl. z. B. preuß. Ges. v. 3. April 1854), oder Einrichtung von Kassen, zu denen ein Beitrittszwang nicht stattfand, denen

1892, dem Unfallversicherungsgesetz vom 30. Juni 1900 und dem Invalidenversicherungsgesetz vom 13. Juli 1899[10]) in Verbindung mit den dazu gehörigen Ausdehnungs- und Abänderungsgesetzen[11]). Der Versicherungszwang trifft Lohnarbeiter in den gesetzlich festgestellten sog. versicherungspflichtigen Betrieben, einschließlich der den Arbeitern gleichstehenden Betriebsbeamten, deren Jahresverdienst 2000 Mark nicht übersteigt; zum Theil auch selbständige Gewerbetreibende, die ohne Gehülfen arbeiten[12]).

2. Die Zwangsversicherung ist nach Namen und Zweck größtentheils von zwingenden Rechtsnormen beherrscht. Die betheiligten Personen können sich der Versicherung nicht willkürlich entziehen, der sie durch Eintritt des Arbeiters in den versicherungspflichtigen Betrieb unterworfen werden[13]). Insbesondere können die Versicherten ihre aus der Versicherung entspringenden Rechte nicht durch Vertrag aufheben oder beschränken. Diese Rechte[14]) sind weder der freiwilligen Abtretung noch der Pfändung unterworfen[15]).

Uebrigens ist die Versicherung gegen die verschiedenen Gefahren (Krankheit, Betriebsunfälle, Invalidität) nicht gleichmäßig organisirt. Dies gilt nicht blos hinsichtlich der Beitragsleistungen und des Umfangs der zu gewährenden Unterstützung, sondern auch hin-

---

aber bald reichsgesetzlich die Gewährung bestimmter Mindestleistungen vorgeschrieben wurde. Dies sind die auf dem RG. v. 7. April 1876 beruhenden eingeschriebenen Hülfskassen. Die letzteren sind jetzt (unter Wiederaufhebung der Pflicht zu Mindestleistungen: RG. v. 1. Juni 1884) der Zwangsversicherung zweckmäßig eingegliedert. Diese selbst ist durch die cit. Reichsgesetze von dem diskretionären Ermessen der Verwaltungsbehörden befreit, auf gesetzliche Grundlage gestellt und von Grund aus geordnet. Hier kann nur eine kurze Uebersicht gegeben werden.

10) Ueber die theilweise ältere Fassung s. o. Bd. I § 49 Note 10. Der heutige Text des Invalidenversicherungsgesetzes beruht auf der Bekanntmachung v. 19. Juli 1899, der des Unfallversicherungsgesetzes auf derjenigen v. 5. Juli 1900 (dazu noch Hilse im Archiv f. bürg. Recht B. 19 S. 205).

11) Auf weitere Betriebe. Vgl. die Gesetze v. 5. Mai 1886, 11. Juli 1887, 13. Juli 1887 (jetzt auch in Neufassung v. 5. Juli 1900).

12) Sie stehen wenigstens sozial den Lohnarbeitern gleich. Das Gleiche gilt für Soldaten. RG. v. 18. Juni 1901. — Auf die versicherungspflichtigen Betriebe soll hier nicht eingegangen werden. Sie ergeben sich aus den cit. Gesetzen und werden nach Bedürfniß erweitert (oft auch mit Latitude an die Landesgesetzgebung: so z. B. hinsichtlich der land- und forstwirthschaftlichen Arbeiter).

13) S. o. Note 2. Selbst ohne Anmeldung der Person entstehen Rechte und Pflichten — auf Zahlung der Beiträge resp. gegebenenfalls auf die Versicherungssumme. Ueber die Beitreibung s. Note 7.

14) Aehnlich wie auch der Arbeits- und Dienstlohn nach dem RG. vom 21. Juni 1869.

15) Außer für die gesetzlichen Unterhaltsansprüche der Familienglieder der Versicherten selbst und der Ansprüche der Armenverbände aus einer gewährten Armenunterstützung. Vgl. Weyl S. 162, 400, 646.

sichtlich der Personen und Anstalten, welche die Versicherung übernehmen.

II. Bei der Krankenversicherung sind

1. Versicherer die sog. Krankenkassen[16]). Deren gibt es zahlreiche[17]). Bergleute gehören zu den Knappschaftskassen[18]), Mitglieder von Innungen können den bei der letzteren bestehenden Innungskrankenkassen[19]) beitreten. Entsprechend sind (in örtlicher Begrenzung) Betriebs- oder Fabrikkassen für die Arbeiter größerer Betriebe[20]) und Baukrankenkassen[21]) gebildet. Im Uebrigen ist für sämmtliche versicherungspflichtigen Personen eines Bezirks, die nicht zu einer der vorgenannten Kassen gehören, die Ortskrankenkasse zuständig[22]). Zulässig ist auch die Benutzung frei gebildeter Hülfskassen, sowie der eingeschriebenen Hülfskassen des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1884[23]). Es gibt nur Kassenzwang, keine Zwangskassen[24]), denen der Einzelne mit Ausschluß anderer Kassen beitreten muß[25]). Nur in letzter Linie tritt die Gemeindekrankenversicherung ein[26]).

2. Versichert sind die in den versicherungspflichtigen Betrieben[27]) gegen Entgelt dauernd angestellten Arbeiter, Gesellen, Gehülfen und Lehrlinge; die genannten kleineren Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker, Handlungsgehülfen 2c., soweit ihr Entgelt nicht während der

16) Die Grundlage der Versicherung ist also hier eine genossenschaftliche. S. o. Bd. I § 49 zu Note 10 u. unten Note 24.

17) Im Anschluß an die historische Entwickelung. S. o. Note 9. Hier wollte man nicht generalisiren, sondern an Vorhandenes anknüpfen. Freilich vergrößert sich dadurch die Verwaltungsmaschinerie und damit die Unkosten.

18) § 74 KrankenversG. v. 10. April 1892.

19) S. § 73 eod.

20) Mit mehr als 50 Versicherten. § 59 ff. d. Ges.

21) Für Bauten. §§ 69 ff. eod.

22) §§ 16 ff. d. Ges.

23) S. dazu oben Note 9.

24) Wer nicht nachweislich bei einer anderen Kasse versichert ist, ist ohne Weiteres Mitglied der Ortskrankenkasse. § 19 d. Ges. Die Kasse hat die Rechte einer juristischen Person. Die Arbeiter beschließen in der Generalversammlung und wählen den Vorstand. Die Arbeitgeber sind an den Beschlußfassungen und der Wahl nach Verhältniß ihrer Beitragsleistungen (s. u. Ziff. 3) betheiligt.

25) Ausnahme nur landesrechtlich für Bergleute, indem diese der Knappschaftskasse beitreten müssen.

26) Diese hat keinen genossenschaftlichen, sondern kommunalen Charakter. Sie ist keine Krankenkasse, sondern eine Gemeindeeinrichtung, hat aber wie die anderen Kassen kraft Gesetzes das Recht der Erhebung von Beiträgen und gegebenenfalls die Pflicht der Leistung von Krankenunterstützung.

27) S. o. I Ziff. 1. In Betracht kommen hauptsächlich Bergwerke, Salinen 2c., Fabriken, Triebwerke mit Dampf- oder sonstiger elementarer Kraft, Eisenbahnen, Binnenschiffahrt, Handwerk, Gewerbebetrieb, der Geschäftsbetrieb der Rechtsanwälte, Notare und Gerichtsvollzieher und (nach Maßgabe des Landesrechts) der Land- und Forstwirthschaft.

Krankheit fortläuft; eventuell auch Hausgewerbetreibende auf Grund eines Ortsstatuts[28]).

3. Die Beiträge zur Krankenversicherung sind zu zwei Dritteln von den Versicherten, zu einem Drittel von den Arbeitgebern aufzubringen[29]). Sie richten sich nach dem Durchschnittslohn des Versicherten.

4. Die Versicherung bezieht sich auf **Krankheiten aller Art, welche Heilmittel erforderlich machen**, mögen sie verschuldet oder unverschuldet, auch durch Betriebsunfälle[30]) hervorgerufen sein[31]); regelmäßig[32]) auch auf den **Todesfall**[33]) und die **Niederkunft** der Versicherten[34]).

Als Unterstützung wird gewährt[35]) freie **ärztliche Behandlung** einschließlich der erforderlichen **Heilmittel**[36]), sowie ein **Krankengeld** (als Ersatz der eingetretenen Erwerbsunfähigkeit) im Betrag von mindestens der Hälfte des Durchschnittslohns für jeden durch die Krankheit versäumten Arbeitstag[37]) und höchstens bis zu 13 Wochen[38]). — Beim Todesfall ist den Hinterbliebenen ein **Sterbegeld**, bei Niederkunft der Wöchnerin eine dem Krankengeld entsprechende Unterstützung von 4—6 Wochen zu gewähren.

III. Die **Unfallversicherung** besteht gegen die schwereren Folgen der sog. Betriebsunfälle.

---

28) S. §§ 1 ff. d. Ges. u. oben bei Note 12.

29) Eine Befreiung kleinerer Arbeitgeber ist vorgesehen. — **Uebrigens haftet der Kasse nur der Unternehmer**, welcher die Beiträge der Arbeiter den letzteren vom Lohn abziehen darf. Die Arbeitgeber sind auch zur An- und Abmeldung ihrer Arbeiter bei der Kasse verpflichtet.

30) Somit beginnt auch die Unfallversicherung (unten Ziff. III) zunächst immer mit der Krankenversicherung.

31) Bei selbstverschuldeten können nicht die Heilmittel, wohl aber das Krankengeld (s. u.) versagt werden.

32) Nicht bei der Gemeindekrankenversicherung und den Hülfskassen.

33) Ebenfalls ohne Rücksicht auf die Ursache. Also auch bei Selbstmord.

34) Gleichgültig ob eheliche oder uneheliche Niederkunft. Doch nur auf diejenige **der Versicherten selbst**, nicht auf die der nichtversicherten Frau eines Mitglieds.

35) Die Mindestleistungen sind gesetzlich bestimmt. S. §§ 6 ff. d. Ges.

36) Jedoch nach Befinden nur durch bestimmte Aerzte (sog. Kassenärzte) und Apotheken. Ebenso kann die Aufnahme des Erkrankten in ein Krankenhaus angeordnet werden, mit der Maßgabe, daß im Weigerungsfall alle Ansprüche des Erkrankten und seiner Angehörigen aus der Krankenversicherung verloren gehen.

37) Ausschließlich der drei ersten Arbeitstage (um Simulationen auszuschließen). Bei Unterbringung in einem Krankenhause ist den bisher aus dem Verdienst versorgten Angehörigen des Erkrankten die Hälfte des Krankengeldes zu gewähren. — Bezieht der Erkrankte Gelder aus anderweitiger Versicherung, so ist das Krankengeld entsprechend zu kürzen.

38) Bei längerer Dauer tritt die Unfallversicherung (Ziff. III) ein.

1. Versicherer sind hier die auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit beruhenden Berufsgenossenschaften der Betriebsunternehmer[39]). Die Unternehmer eines und desselben oder verwandter Industriezweige werden für gewisse Bezirke[40]) zum Zwecke dieser Versicherung zusammengeschlossen[41]). Sind Reich und Einzelstaaten die Unternehmer, so übernehmen sie selbst die Versicherung[42]).

2. Versichert sind sämmtliche (auch unentgeltlich und vorübergehend) beschäftigten Arbeiter[43]) und kleineren Betriebsbeamten in den versicherungspflichtigen Betrieben[44]).

3. Die Beiträge der Unfallversicherung werden ausschließlich von den Unternehmern (als Ausfluß der aus dem Dienstvertrag erwachsenden Fürsorgepflicht für die Arbeiterschaft) aufgebracht[45]). Die Einziehung erfolgt im Wege des Umlageverfahrens seitens der Genossenschaft von ihren Mitgliedern. Und zwar regelmäßig nach der Höhe der entstandenen Kosten, der Zahl der Arbeiter der einzelnen Mitglieder, der Höhe des Lohns und der Gefahren, welchen die Arbeiter in dem betreffenden Betriebe ausgesetzt sind[46]). Wird eine Berufsgenossenschaft wegen eingetretener Leistungsunfähigkeit aufgelöst, so gehen die ihr zustehenden Rechte und Pflichten auf den Staat bezw. das Reich über

---

39) Diese sind juristische Personen (s. o. Bd. I § 49 Note 10); die Unternehmer beschließen in der Mitgliederversammlung und wählen den Vorstand. Die Verwaltung der land- und forstwirthschaftlichen Berufsgenossenschaften kann landesrechtlich den Provinzial- und Kreisbehörden übertragen werden. Dies ist in Preußen geschehen.

40) Die Genossenschaft kann das Reich, einen Einzelstaat, eine Provinz ꝛc. umfassen. Größere werden in Sektionen eingetheilt, die keine selbständige jur. Person bilden. Doch hat der Sektionsvorstand in gewissem Umfang die Vertretung der Genossenschaft.

41) Einrichtung, Aufhebung und Veränderung regelmäßig durch den Bundesrath. — Wer ein zu dem betreffenden Industriezweig gehöriges Unternehmen betreibt, ist kraft Gesetzes Mitglied der Berufsgenossenschaft.

42) Privatversicherungsanstalten sind bei dieser Versicherung überhaupt ausgeschlossen.

43) Nicht Personen, die sich zum Vergnügen oder zur Belehrung ꝛc. in dem Betriebe aufhalten, ohne von dem Unternehmer daselbst „beschäftigt" zu sein.

44) S. o. bei Note 11. In Betracht kommen hauptsächlich Bergwerke, Salinen ꝛc., Fabriken, Hoch- und Tiefbau-, die verschiedenen Transportbetriebe (Eisenbahnen, Schiffahrt einschließlich bis zu gewissem Grad der Seeschiffahrt), endlich auch land- und forstwirthschaftliche Betriebe.

45) S. o. Ziff. I. Das Gesetz will auf seinem Gebiet den allgemeinen und unsozialen Satz: casus a nullo praestantur (oben Bd. I § 110 Ziff. 1) durch eine geeignete Organisation ausschließen oder seiner Spitze berauben. In diesem Sinne enthält es nur eine Erweiterung der schon im sog. Reichshaftpflichtgesetz (s. daselbst Note 14) enthaltenen Bestrebungen. Aber in anderer rechtlicher Form.

46) Die Gefahren werden nach dem Durchschnitt klassifizirt. Sog. Gefahrenklassen! Vgl. § 49 GewUnfVersG. v. 5. Juli 1900.

(sog. Reichsgarantie). Die Betriebe der aufgelösten Genossenschaft werden anderen Genossenschaften zugetheilt[47]).

4. Die Versicherung bezieht sich auf *Tödtung, Körperverletzung, geistige Gebrechen* 2c. des Versicherten, *insofern sie als Betriebsunfall erscheinen*. Das heißt zunächst, daß sie die Folge eines *abnormen*, plötzlichen Ereignisses sein müssen[48]); sodann daß sie durch den Betrieb *verursacht* sind[49]). Hat der Verletzte den Betriebsunfall vorsätzlich herbeigeführt, so steht ihm ein Anspruch nicht zu[50]).

Der Anspruch geht auf *Ersatz des Schadens*, der durch die Tödtung oder Verletzung des Versicherten entsteht[51]). Der Schadensersatz im Fall der Verletzung umfaßt die Kosten des *Heilverfahrens* und eine dem Verletzten für die Dauer seiner Erwerbsunfähigkeit zu gewährende *Rente*, — beides beginnend mit dem Anfang der 14. Woche seit dem Unfall[52]). Die Rente wird nach dem Durchschnittslohn des Verletzten während des letzten Jahrs berechnet[53]) und beträgt bei gänzlicher Erwerbsunfähigkeit *zwei Drittel* des Lohns, bei theilweiser Erwerbsunfähigkeit entsprechend weniger[54]). Hat der Unfall den *Tod* zur Folge, so werden die Beerdigungskosten[55]), und den Hinterbliebenen eine Rente geleistet. Die Wittwe des Getödteten erhält bis zum Tod oder der Wiederverheirathung[56]) Prozente von dessen Arbeitslohn; ebenso

47) Vgl. §§ 54, 127 d. Ges.

48) Im Gegensatz zu schleichenden Krankheiten, die in gewissen Betrieben eintreten.

49) Ueber den Begriff der Verursachung s. o. Bd. I §§ 108, 111. Mittelbarer Kausalzusammenhang genügt. Z. B. es genügt, wenn der Verletzte im Hospital durch Ansteckung verstirbt (§ 108 Note 8). Einer gefährlichen Operation, die ihn vielleicht wiederherstellen würde, braucht er sich nicht auszusetzen (§ 111 Note 9). Abgesehen davon aber muß er sich jeder zweckmäßigen Behandlung unterziehen, widrigenfalls er sich den Schaden selbst zuzuschreiben hat. S. dazu noch § 23 d. Ges.

50) Vgl. § 8 d. Ges. Bei Herbeiführung in Geisteskrankheit 2c. liegt natürlich kein Vorsatz vor. S. o. § 109 Ziff. 2.

51) Zur Vorbeugung sind die Genossenschaften zum Erlaß von *Unfallverhütungsvorschriften* (§§ 112 ff. d. Ges.) und zur Mitwirkung beim Erlaß einschlägiger Polizeiverordnungen befugt.

52) Bis dahin bestehen die Ansprüche aus der Krankenversicherung. S. o. bei Note 30.

53) §§ 9 ff. d. Ges., wobei Beträge über 1500 Mark nur mit einem Drittel zur Anrechnung kommen. Bei land- und forstwirthschaftlichen Betrieben s. §§ 8 ff. UnfVersG. für Land- und Forstwirthschaft. Vergl. ferner §§ 9 ff. BauUnfVersG.

54) Auch hier kann statt der Heilungskosten und der Rente für die Dauer der Heilung *Aufnahme des Verletzten in ein Krankenhaus* (bei Seeunfällen auf einem Fahrzeug) angeordnet werden. Im Falle der Aufnahme erhalten die Angehörigen des Verletzten, die aus dessen Verdienst versorgt wurden, für die Zeit der Verpflegung dieselbe Rente wie beim Tode des Versicherten.

55) Vgl. § 15 d. Ges. Etwas anders einige Ausdehnungsgesetze.

56) In diesem Fall erhält sie eine Abfindung. — Heirath nach Eintritt des Unfalls wird nicht berücksichtigt.

jedes hinterbliebene Kind bis zum zurückgelegten 15. Lebensjahr[57]). Doch dürfen die Renten der Wittwe und der Kinder insgesammt nicht 60% des Arbeitsverdienstes des Getödteten übersteigen[58]). Ascendenten des Verstorbenen, deren einziger Ernährer dieser war, erhalten für die Dauer der Bedürftigkeit 20%[59]).

Die zu leistenden Beträge werden nach Maßgabe der Umstände im Einzelfall von der Verwaltung festgestellt. Hiergegen findet Berufung an ein Schiedsgericht statt, welches aus einem öffentlichen Beamten als Vorsitzenden und einer bestimmten Anzahl Arbeitgeber und Arbeiter als Beisitzer besteht[60]), und schließlich die Revision an das Reichsversicherungsamt[61]).

5. Ein Rückgriff der Berufsgenossenschaft gegen den betreffenden Unternehmer, in dessen Betrieb der Unfall sich ereignete, und die Angestellten desselben ist nach Maßgabe der §§ 135 ff. des Gesetzes zulässig[62]). Die Haftung dritter Personen für den Unfall bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften[63]). Soweit eine Verpflichtung der Berufsgenossenschaft zur Entschädigung besteht, gehen die Ansprüche des Verletzten oder seiner Erben gegen den Dritten auf die Genossenschaft über[64]).

IV. Die Invalidenversicherung richtet sich gegen die Nachtheile anderweitiger dauernder Erwerbsunfähigkeit[65]) und die natürlichen Erwerbsstörungen in Folge hohen Alters. Im ersteren Fall ist die dauernde Erwerbsunfähigkeit (Invalidität), im letzteren das Erreichen der gesetzlichen Altersgrenze (ohne Nachweis der Erwerbsunfähigkeit) Voraussetzung des Unterstützungsanspruchs.

---

57) Ebenso wenn die Mutter nach dem Unfall stirbt. — Uneheliche Kinder haben nur beim Unfall der Mutter, nicht des Vaters Ansprüche.

58) Andernfalls werden sie alle verhältnißmäßig gekürzt. § 20 d. Ges.

59) Wobei die näheren Ascendenten die entfernteren ausschließen.

60) Vgl. o. Note 7 sowie Entsch. d. RG. Bd. 19 S. 67, Bd. 21 S. 75, Bd. 28 S. 12.

61) Uebrigens hat letzteres auch verwaltende Funktion; sowohl in Sachen der Unfalls- als der Invaliditätsversicherung. Vgl. §§ 125 ff. UnfVersG. u. unten Ziff. IV.

62) Die Möglichkeit des Rückgriffs ist gegenüber der älteren Fassung (§ 96) des Gesetzes erweitert. Vgl. Hilse, Archiv f. bürg. Recht Bd. 19 S. 206. Doch ist für das über einen solchen Anspruch erkennende Gericht die Entscheidung bindend, welche in dem durch das Unfallversicherungsgesetz geordneten Verfahren über die Frage ergeht, ob und in welchem Umfang ein nach diesem Gesetz ersatzpflichtiger Unfall vorlag. § 135 Abs. 3.

63) § 140 d. Ges. — Also regelmäßig nach Deliktsgrundsätzen. S. u. §§ 325 ff.

64) § 140 i. f. d. Ges. S. auch unten § 338 am Ende.

65) Also ohne Rücksicht auf Unfälle. — Vgl. dazu noch unten Noten 76 und 77.

1. *Versicherer* sind hier *territoriale Versicherungsanstalten*[66]), deren Errichtung und Veränderung durch den Bundesrath erfolgt. Dieselben sind juristische Personen des öffentlichen Rechts[67]) und werden durch ihren Vorstand vertreten und verwaltet[68]). Bei ihnen sind alle versicherungspflichtigen Personen des Bezirks, ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit des Berufes versichert. Denn Alter und Invalidität sind Dinge, die früher oder später die Angehörigen aller Berufe treffen[69]).

2. *Versichert* sind vom vollendeten 16. Lebensjahre ab grundsätzlich alle Personen, die als Arbeiter, Gehülfen, Lehrlinge, Dienstboten, als Schiffsbesatzung deutscher Seefahrzeuge oder von Fahrzeugen der Binnenschiffahrt gegen Entgelt beschäftigt sind. Ferner die kleineren Privatbeamten, Werkmeister, Techniker, Handlungsgehülfen 2c.[70]) und sonstigen Angestellten, deren dienstliche Beschäftigung ihren Hauptberuf bildet, sowie Lehrer und Erzieher, *sofern der Jahresverdienst aller dieser Personen regelmäßig 2000 Mark nicht übersteigt*[71]). Hiernach werden im Allgemeinen alle gewerblichen und handwerksmäßigen, die land- und forstwirthschaftlichen Betriebe getroffen. Wird als Entgelt nur freier Unterhalt gewährt, so besteht jedoch keine Versicherungspflicht[72]).

3. Die *Beiträge* sind gesetzlich nach *Lohnklassen* der Versicherten abgestuft[73]). Die Arbeitgeber und Angestellten haben die Bei-

---

66) Entweder für den ganzen Staat oder gewisse Bezirke — eine oder mehrere Provinzen u. s. w.

67) S. o. Bd. I § 49 Note 10.

68) Daneben besteht ein Ausschuß, zusammengesetzt aus Arbeitgebern und Arbeitern. Auch werden Vertrauensmänner zugezogen.

69) Ein weiterer Grund liegt darin, daß die Beiträge hier nicht blos von den Arbeitgebern zu leisten sind. Es handelt sich ja hier nicht um Betriebsgefahren, sondern um nothwendig eintretende Erscheinungen des menschlichen Lebens.

70) S. § 1 InvalidenversG. in der Fassung v. 19. Juli 1899. Ausschließlich der in Apotheken beschäftigten Gehülfen und Lehrlinge.

71) Also nur kontraktlich gegen Lohn Angestellte, nicht selbständige Gewerbetreibende kommen hier in Betracht: z. B. nicht selbständige Schneiderinnen, Waschfrauen, Dienstmänner u. s. w. Durch Bundesrathsbeschluß kann die Versicherungspflicht auf Gewerbetreibende 2c., welche nicht regelmäßig einen Lohnarbeiter beschäftigen, sowie auf Hausgewerbtreibende (ohne Rücksicht auf die Zahl der von ihnen beschäftigten Lohnarbeiter) erstreckt werden.

72) S. § 3 d. Ges. — Daneben gibt es noch *Befreiungen* von der Versicherungspflicht, und Fälle einer bloßen *Berechtigung* in die Versicherung einzutreten. Vgl. §§ 6, 14 d. Ges.

73) Vgl. über diese Klassen und die innerhalb derselben zu zahlenden Beiträge §§ 32 ff. d. Ges. Eine anderweitige Festsetzung der Beiträge bedarf der Zustimmung des Reichstags.

bringt Gefahr[36]). — Anderseits ist die wegen des Formmangels ungültige Bürgschaft nicht unheilbar. Da vielmehr die Form nur gegen Leichtsinn des Wortes vorgeschrieben ist, wird der Vertrag vollkommen gültig[37]), soweit der Bürge freiwillig die Hauptverbindlichkeit erfüllt[38]). § 766 BGB.

Alles dies gilt auch für Abreden, durch welche der Inhalt der Verbürgung über das gewöhnliche[39]) oder im Bürgschaftsschein angegebene Maß erstreckt wird. Dagegen sind Abschwächungen der Haftung unter jenes Maß auch dann gültig, wenn sie nur nebenher mündlich getroffen sind[40]).

4. An eine und dieselbe Hauptverbindlichkeit können sich mehrere Bürgschaften anknüpfen. Dies kommt in folgender Art vor.

a) Der gewöhnlichste Fall ist, daß sich mehrere Personen dem Gläubiger in der angegebenen Weise für die Hauptschuld verbürgen. Hier spricht man von Mitbürgschaft. Die Mitbürgen haften dem Gläubiger regelmäßig als Gesammtschuldner[41]). So nicht blos, wenn sie die Bürgschaft gemeinsam (§ 427), sondern auch wenn sie dieselbe in getrennten Verträgen übernommen haben. § 769 BGB.[42]). Folglich kann jeder von ihnen auf den ganzen von ihm verbürgten Betrag in Anspruch genommen werden[43]). Ein Recht darauf, daß der Gläubiger seinen Anspruch wider die Mitbürgen theile, hat der Belangte hier ebensowenig wie ein gewöhnlicher Gesammtschuldner[44]). Er

36) Daher braucht schließlich die Person des Gläubigers in dem Bürgschein gar nicht bezeichnet, — ja der Schein kann ausgestellt werden, bevor der Aussteller den Gläubiger kennt. Die Bürgschaft kommt zu Stande, sobald der Schein mit seinem Willen dem Gläubiger zugegangen ist. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 248.

37) Auch nach rückwärts. Vgl. den ähnlichen Fall oben § 166 Note 42. Die Nichtigkeit wird geheilt.

38) Die Erfüllung ist zugleich Erfüllung des Bürgschaftsversprechens und gibt dem Leistenden (z. B. gegen den Hauptschuldner, Mitbürgen ꝛc.) die entsprechenden Rechte. — Ob der Leistende irrthümlich der Meinung war, zur Erfüllung seines Versprechens verpflichtet zu sein, ist gleichgültig. Vgl. § 289 Note 25 (zugleich auch wegen des Erfordernisses realer Erfüllung).

39) S. o. Ziff. 2 zu Note 22 ff. Dernburg § 286 Note 14. — Wegen des Verzichts des Bürgen auf die Einrede der Vorausklage s. u. § 296 Note 73.

40) Es handelt sich dann nur um einen theilweisen Verzicht des Gläubigers auf seine Rechte.

41) Vorbehaltlich besonderer Abrede.

42) Zweckmäßigkeitsvorschrift, gegenüber der Regelung wie sie sich sonst aus der Sache selbst ergeben würde. S. o. § 206 II Ziff. 2 u. 3.

43) Selbstverständlich nicht höher. Und dieser Betrag kann bei den Einzelnen verschieden sein. Dem Gesammtschuldverhältniß widerspricht das nicht. S. o. § 207 I Ziff. 1.

44) Nach gemeinem und franz. Recht besteht ein beneficium divisionis der Mitbürgen (vgl. § 4 J. de fidejussor. 3, 20). Die Abschaffung bei gewöhn-

kann nur auf Grund der Leistung seinerseits die Mitbürgen auf verhältnißmäßige Ausgleichung in Anspruch nehmen[45]). Vgl. §§ 426, 774 Abs. 2[46]).

b) Ein anderer Fall mehrfacher Verbürgung ist die Afterbürgschaft (Nachbürgschaft). Hier verpflichtet sich Jemand dem Gläubiger zum Einstehen für den Bürgen, d. h. verbürgt sich dafür, daß der Hauptbürge, wenn er vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, ordnungsmäßig erfüllen werde. Die Nachbürgschaft ist eine selbständige Bürgschaft, nur ist bei ihr der erste Bürge der Hauptschuldner[47]). Daher kann der Nachbürge regelmäßig erst hinter dem ersten Bürgen in Anspruch genommen werden, und der Nachbürge hat keine direkten Rechte gegen den Hauptschuldner, sondern nur gegen den ersten Bürgen[48]).

c) Umgekehrt kann sich der Bürge von einem Dritten dafür einstehen lassen, daß der Hauptschuldner ihn, wenn er vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, für seine Regreßforderung befriedigen werde[49]). Diese Bürgschaft für den Regreß heißt Rückbürgschaft. Auch sie ist eine wahre Bürgschaft und nach den allgemeinen Grundsätzen des Instituts zu beurtheilen[50]). Der materielle Hauptschuldner ist zwar auch für die Rückbürgschaft der Hauptschuldner. Dagegen ist die Person des Gläubigers verschieden (Gläubiger der Rückbürgschaft ist der erste Bürge), und mit dieser Maßgabe laufen beide Bürgschaften nebeneinander her.

5. Die Bürgschaft kann gegen Entgelt oder unentgeltlich übernommen werden. Letzteres ist im nichtkaufmännischen Verkehr das Gewöhnliche[51]). Regelmäßig wird der Bürge zum Einstehen für die

lichen Gesammtschuldnern (wo es schlechterdings nicht zu rechtfertigen ist) schließt es nicht aus. Denn ein Anderes als die persönliche Schuld ist eine bloße Garantie. Die Abschaffung ist vielmehr im Interesse des Gläubigers erfolgt. Dessen Stellung soll sich durch die Bürgschaft Mehrerer nur verbessern, in keiner Hinsicht verschlechtern. — Wohl kann der Gläubiger in die Theilung einwilligen. Sie beurtheilt sich alsdann nach der getroffenen Verabredung.

45) In der Höhe des Regreßanspruchs geht auch die Forderung des Gläubigers auf ihn über. S. o. §§ 201, 207 Ziff. II.

46) S. auch noch oben § 207 zu Noten 55—56.

47) Vgl. schon l. 27 § 4 Dig. de fideiuss. 46, 1; l. 38 § 5 Dig. de sol. 46, 3. Goldschmidt in d. Jahrb. f. Dogmatik Bd. 26 S. 345.

48) Dies folgt aus dem allgemeinen Bürgschaftsrecht. Das Gesetz hat darüber keine besonderen Vorschriften.

49) Die Regreßforderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner ist zwar eine bedingte. Doch schadet dies nach § 765 Abs. 2 nicht.

50) Das Gesetz enthält darüber keine besonderen Vorschriften.

51) Umgekehrt kann, wer in Ausübung seines Handelsgewerbes für einen Anderen Bürgschaft übernimmt, dafür auch ohne Verabredung Provision nach den üblichen Sätzen verlangen. § 354 HGB.

Schuld ersucht, sei es vom Hauptschuldner oder dem Gläubiger. § 775 BGB. spricht geradezu von einem Auftrag[52]). Der Bürge kann sich aber auch unaufgefordert verbürgen, und zwar unter Umständen, daß die Verbürgung als nützliche Geschäftsführung gegenüber dem Hauptschuldner erscheint[53]). Dann hat der Bürge gegen den Hauptschuldner die entsprechenden Rechte[54]).

§ 296.

2. Haftung des Bürgen.

1. Die Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger bestimmt sich in erster Linie nach dem Vertrage, in welchem das Einstehen für die Hauptschuld übernommen ist[1]). Existiren mehrere Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, so haftet der Bürge[2]) nur für die Erfüllung derjenigen, für die er sich verbürgen wollte[3]). Für die verbürgte Schuld haftet er regelmäßig geradesoweit als der Hauptschuldner, falls nicht ein Anderes bestimmt ist[4]).

Zu den vertraglichen Beschränkungen der Bürgschaft kann insbesondere gehören, daß der Bürge nur für einen Theil des geschuldeten Kapitals[5]), oder blos für das Kapital ausschließlich der Zinsen[6]), oder umgekehrt blos für die Zinsen[7]), oder nur auf Zeit für die Schuld einzustehen

---

52) Ebenso das bisherige Recht. Vgl. z. B. l. 38 § 1 Dig. mandati 17, 1. Im Falle des entgeltlichen Ersuchens entspricht die Situation dem § 675 BGB.

53) S. o. §§ 254 ff. Z. B. wegen einer dem letzteren drohenden Zwangsvollstreckung, die durch die Bürgschaft abgewendet wird.

54) §§ 775 BGB. sagt dies ausdrücklich und zieht daraus einige Folgerungen.

1) Z. B. wer sich für einen Kassenbeamten verbürgt, will regelmäßig nicht für diejenigen Kassendefekte aufkommen, welche bei ordnungsmäßiger Revision der Kasse hätten verhütet werden können. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 141.

2) Bei künftigen, insbesondere eventuellen Schulden kann eine beschränkte Bürgschaft auch in dem Sinne übernommen sein, daß alle Schulden, die innerhalb des bestimmten Zeitraums entstehen, verbürgt sind, spätere nicht. Der Fall ist nicht mit dem in § 777 BGB. erwähnten (s. u. § 298 Ziff. 4) zu verwechseln.

3) S. noch oben § 295 zu Note 29 oben. Irrthum über die Person des Hauptschuldners ist stets als wesentlich anzusehen; nicht aber regelmäßig ein solcher über die Person des Gläubigers, wenn nur die Bürgschaftserklärung nach § 766 richtig zugekommen ist. Irrthum über den Schuldinhalt wirkt nach den Umständen verschieden (der über den bloßen Schuldgrund wird nach § 295 Note 33 regelmäßig unerheblich sein).

4) S. o. § 295 Ziff. 2 zu Note 14 ff.

5) Z. B. nur für den fälligen Theil. Oder nur für einen Theil der ganzen fälligen Summe.

6) Insbesondere der Verzugszinsen.

7) Scil. solange das Kapital nicht unwiederbringlich verloren ist. Dernburg § 286 Note 6.

verspricht. Letzteres entweder so, daß nur die innerhalb bestimmter Zeit entstehenden Hauptschuldposten verbürgt sind[8]); oder so, daß der Bürge nur für eine bestimmte Zeitdauer verhaftet ist[9]). In dieser Weise kann der Bürge auch nur persönlich (also ohne Uebergang der Verpflichtung auf seine Erben) für die Hauptschuld einstehen[10]).

2. Ohne besondere Verabredung haftet der Bürge für die gesammte Pflicht des Hauptschuldners. Das will sagen:

a) Er haftet für die verbürgte Schuld ihrem Bestande nach. Wie er also nicht verpflichtet ist, wenn sich die Hauptschuld als ungültig herausstellt[11]), so haftet er für die Erfüllung der zukünftigen oder bedingten Hauptschuld erst wenn sie entstanden resp. unbedingt geworden ist[12]). Auf die Erfüllung der entstandenen haftet er nur in demselben Maße wie der Hauptschuldner[13]), und die Verpflichtung erlischt, wenn die des Hauptschuldners restlos aufhört[14]). Erlischt die Hauptschuld nur zum Theil, so ermäßigt sich entsprechend die Verpflichtung des Bürgen. Der Bürge kann daher, wenn er belangt wird, dem Gläubiger ohne Weiteres[15]) die rechtshindernden und rechtsaufhebenden Einwendungen entgegensetzen, die dem Hauptschuldner gegen die Hauptforderung zustehen[16]).

b) Dies wird konsequent auch auf die Einreden des Hauptschuldners gegen die Forderung erstreckt. § 768 Abs. 1 Satz 1[17]).

---

8) Z. B. die bis zu einem gewissen Zeitpunkt aufgelaufenen Zinsen oder Theile der Kapitalschuld (z. B. auf Kredit erhobene Gelder).

9) Von diesem Falle handelt § 777 BGB. S. u. § 298.

10) Ohne besondere Verabredung geht die Bürgschaft, wie regelmäßig alle Rechtsverhältnisse, auf die beiderseitigen Erben über. — Beim Tod des Bürgen hat der Gläubiger grundsätzlich die Rechte des § 777.

11) S. o. § 295 zu Note 8 ff. — Der Gläubiger muß die Gültigkeit der Hauptschuld dem Bürgen gegenüber geradeso beweisen, wie er sie dem Hauptschuldner beweisen müßte.

12) Wegen des Erfüllungsorts s. o. § 155 Note 37.

13) Z. B. wenn der Hauptschuldner nur für grobes Verschulden haftet, ist auch der Bürge nicht für die Folgen eines leichten Versehens verantwortlich.

14) Z. B. wegen Erfüllung der Hauptschuld. Aber auch bei Befreiung des Hauptschuldners aus § 275 BGB., durch Erlaß u. dgl. — Hätte der Bürge die Unmöglichkeit der Erfüllung der Hauptschuld vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt, so bleibt er verpflichtet. S. u. § 298 Ziff. 1.

15) Dies folgt aus dem Begriff der Bürgschaft und entspricht dem bisherigen Recht. Vgl. l. 6 § 2, l. 7, 29 Dig. de fideiuss. 46, 1. Einer besonderen Gesetzesvorschrift in dieser Hinsicht bedarf es nicht. S. auch Hellwig, Rechtskraft S. 30 ff.

16) S. o. Bd. I § 126 I Ziff. 1. — Sie sind vom Bürgen geradeso zu beweisen, wie sie der Hauptschuldner, wenn er belangt wäre, zu beweisen hätte.

17) Schon römisch galt der Satz: exceptiones rei competunt fidejussori, wenigstens (nach späterem Recht) für die sog. exceptiones rei cohaerentes. Vgl. l. 7 § 1 Dig. de exc. 44, 1. Aehnlich Preuß. A.LR. I Tit. 14 § 310. Eine

ist vor allzugroßer Aengstlichkeit zu warnen. Es genügt, daß wirthschaftlich bezw. in den Hauptpunkten die vom Bürgen übernommene Verpflichtung der des Hauptschuldners entspricht. Dies ist der Fall, wenn auch der Bürge für eine Waarenleistung des Hauptschuldners mit Geld einzustehen verspricht[15]) oder wenn er an anderem Ort[16]) oder zu späterer Zeit[17]) leisten will. Auch ist es regelmäßig als Bürgschaft zuzulassen[18]), wenn gegen bestimmte Mängel der Hauptschuld[19]), die nicht das öffentliche Interesse berühren[20]), Schutz gewährt werden soll[21]).

Gewöhnlich aber haftet der Bürge geradesoweit als der Hauptschuldner. Und zwar gilt dies insbesondere auch dann, wenn über den Umfang seiner Verpflichtung keine nähere Bestimmung getroffen, vielmehr einfach blos „Bürgschaft" übernommen ist. Da dies nach § 765 Abs. 2 auch im Voraus geschehen kann[22]), so erstreckt sich die Verpflichtung des Bürgen auf den ganzen Inhalt der Hauptverpflichtung[23]); ja es ist statthaft, in dieser Weise für einen ganzen Komplex von Rechtsgeschäften, und für die Folgen einzustehen, die sich aus einer bestimmten Geschäftsverbindung[24]) der Hauptparteien ergeben[25]).

---

unwirksam sei. Es gilt das oben Bd. I § 79 zu Note 13ff. Bemerkte. Z. B. kann darin ein Versprechen an Erfüllungsstatt (s. o. § 187) liegen. Es entscheidet die Vertragsabsicht.

15) Jedenfalls soweit die Geldleistung im Sinne der §§ 387, 607 BGB. mit der Hauptleistung gleichartig ist. Wir werden aber überhaupt wirthschaftliche Gleichheit genügen lassen. So auch Dernburg a. a. O. Ziff. 3.

16) Z. B. am eigenen Wohnort.

17) Nicht früher. S. o.

18) Freilich kommt es auf die Umstände an. Die angebliche Bürgschaft kann eine verschleierte Schenkung ꝛc. sein. Diese Fragen beurtheilen sich hier, wie stets (s. z. B. oben Bd. I §§ 74 i. f., 75, 93 Ziff. 2) nach der causa dessen quod actum est. Wahre Bürgschaft bedarf auch in den Fällen des Textes keines weiteren Rechtsgrundes als des Verbürgungswillens.

19) Insbesondere befürchtete! Z. B. der Gläubiger weiß nicht genau, ob der Hauptschuldner für das zu schließende Geschäft die erforderliche Geschäftsfähigkeit oder Verfügungsbefugniß besitzt, und geht letzteres daher nur unter Bürgschaft eines Dritten ein. S. schon l. 13 pr. Dig. de minor. 4, 4.

20) Z. B. im Fall der Note 10 oben. Hier ist eine abweichende Parteiabsicht wirkungslos.

21) Hier erleidet der Satz: exceptiones rei competunt fideiussori (§ 768 BGB.) auf Grund des Parteiwillens eine Einschränkung.

22) S. o. bei Note 13.

23) Einschließlich der Erweiterungen aus Verzug, Unmöglichkeit der Erfüllung wegen eines vom Hauptschuldner zu vertretenden Umstandes u. dgl. S. u. § 296 Ziff. 2d. Nicht aber (ohne besondere Uebernahme) aus anderen Geschäften. Vgl. § 767 BGB.

24) Aber nicht schlechthin für alle Verbindlichkeiten, die irgendwie in Zukunft zwischen den beiden Hauptparteien entstehen können. Dies ist ungültig. Arg. § 310 BGB.

Umgekehrt kann sich der Bürge auch auf weniger verpflichten, als der Hauptschuldner zu leisten hat[26]). Hauptfall ist die sog. Schadlosbürgschaft[27]), wobei der Bürge nur für den Ausfall haftet, der dem Gläubiger bei ordnungsmäßiger Verfolgung seiner Rechte gegen den Hauptschuldner erwächst[28]).

3. Der Abschluß des Bürgschaftsvertrages steht unter den allgemeinen Regeln der Schuldverträge[29]). Dabei sind die Gültigkeitserfordernisse lediglich aus der Person des Gläubigers und Bürgen zu bestimmen, — der Hauptschuldner hat dem Vertrage gegenüber die Rechtsstellung eines Dritten[30]).

Was die Form anlangt, so bedarf das Bürgschaftsversprechen zu seiner Gültigkeit[31]) der Schriftform, mag der Bürge im Uebrigen bei dem Vertragsabschluß anbietender oder annehmender Theil sein[32]). Die Bürgschaftserklärung[33]) muß in der Schriftform dem Gläubiger zugehen[34]). Dagegen darf die Annahme formlos erfolgen[35]). Denn nur das Gutsagen für Andere, nicht die Annahme des Gutsagens

---

25) S. Entsch. d. ROHG. Bd. 19 S. 110 ff.

26) Darin liegt nur eine entsprechende Nebenabrede zur Bürgschaft.

27) Vgl. darüber Geib a. a. O. S. 18; Entsch. d. RG. in Seuff. Archiv Bd. 51 S. 277. Cosack § 158 i. f. sieht darin keine echte Bürgschaft, sondern einen Garantievertrag. Dies ist nicht zu billigen. Es fehlt das Hauptkriterium der Garantieverträge (s. u. § 300), daß der Garant sich nicht dem Gläubiger direkt verpflichtet. Somit bedarf die Schadlosbürgschaft der Schriftform des § 766.

28) Hier hat der Gläubiger, wenn er den Bürgen in Anspruch nehmen will, nachzuweisen, daß er den Posten vom Hauptschuldner nicht erlangen konnte, resp. wie groß sein Ausfall ist. Ist der Hauptschuldner in Konkurs gefallen, so ist das Ergebniß des Konkursverfahrens abzuwarten. Vgl. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 13 S. 174 ff.

29) Also das allgemeine Vertragsrecht (oben Bd. I §§ 80 ff.) und die besonderen Vorschriften der §§ 166 ff. über die Schuldverträge finden Anwendung.

30) Dies gilt z. B. für die Wirkungen eines Irrthums, Betrugs, Zwanges, die bei dem Vertragsschluß vorkommen. — Der Hauptschuldner kann auch regelmäßig dem Abschluß des Bürgschaftsvertrags nicht widersprechen.

31) S. Bd. I § 87. Die Vorschrift ist im öffentlichen Interesse aufgestellt. Vgl. Bericht der Reichstagskommission Schuldverh. Amtl. Ausg. S. 99. Es soll nicht aus jedem mündlichen Gutsprechen eine Verbindlichkeit hergeleitet werden können.

32) Vgl. darüber Bd. I §§ 89 ff. — Wegen des Kreditauftrags s. u. § 299. Ist die Verbürgung für den Uebernehmer ein Handelsgeschäft, so ist sie gleichfalls ohne schriftliche Erklärung gültig. § 350 (s. aber auch § 351) HGB.

33) Die Ausdrucksweise (Starksagung, Garantie-, Erfüllungs- Zahlungsversprechen wenn der Andere nicht zahle 2c.) ist gleichgültig. Die Erklärung braucht nur die Hauptschuld, nicht auch deren Schuldgrund zu bezeichnen. Vgl. Dernburg § 285 Note 13.

34) Arg. Bd. I § 88 Ziff. 1 in Verbindung mit § 89 eod.

35) Auch wenn sie für den Bürgschaftsvertrag den Charakter der Offerte hat. Z. B. der Gläubiger ersucht Jemanden mündlich um die Uebernahme einer Bürgschaft. Der Andere bejaht und schickt ihm demnächst den Bürgschaftsschein. Hier ist die Bürgschaft mit Empfang des Scheins gültig zu Stande gekommen.

bringt Gefahr[36]). — Anderseits ist die wegen des Formmangels ungültige Bürgschaft nicht unheilbar. Da vielmehr die Form nur gegen Leichtsinn des Wortes vorgeschrieben ist, wird der Vertrag vollkommen gültig[37]), soweit der Bürge freiwillig die Hauptverbindlichkeit erfüllt[38]). § 766 BGB.

Alles dies gilt auch für Abreden, durch welche der Inhalt der Verbürgung über das gewöhnliche[39]) oder im Bürgschaftsschein angegebene Maß erstreckt wird. Dagegen sind Abschwächungen der Haftung unter jenes Maß auch dann gültig, wenn sie nur nebenher mündlich getroffen sind[40]).

4. An eine und dieselbe Hauptverbindlichkeit können sich mehrere Bürgschaften anknüpfen. Dies kommt in folgender Art vor.

a) Der gewöhnlichste Fall ist, daß sich mehrere Personen dem Gläubiger in der angegebenen Weise für die Hauptschuld verbürgen. Hier spricht man von Mitbürgschaft. Die Mitbürgen haften dem Gläubiger regelmäßig als Gesammtschuldner[41]). So nicht blos, wenn sie die Bürgschaft gemeinsam (§ 427), sondern auch wenn sie dieselbe in getrennten Verträgen übernommen haben. § 769 BGB.[42]). Folglich kann jeder von ihnen auf den ganzen von ihm verbürgten Betrag in Anspruch genommen werden[43]). Ein Recht darauf, daß der Gläubiger seinen Anspruch wider die Mitbürgen theile, hat der Belangte hier ebensowenig wie ein gewöhnlicher Gesammtschuldner[44]). Er

36) Daher braucht schließlich die Person des Gläubigers in dem Bürgschein gar nicht bezeichnet, — ja der Schein kann ausgestellt werden, bevor der Aussteller den Gläubiger kennt. Die Bürgschaft kommt zu Stande, sobald der Schein mit seinem Willen dem Gläubiger zugegangen ist. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 248.

37) Auch nach rückwärts. Vgl. den ähnlichen Fall oben § 166 Note 42. Die Nichtigkeit wird geheilt.

38) Die Erfüllung ist zugleich Erfüllung des Bürgschaftsversprechens und gibt dem Leistenden (z. B. gegen den Hauptschuldner, Mitbürgen 2c.) die entsprechenden Rechte. — Ob der Leistende irrthümlich der Meinung war, zur Erfüllung seines Versprechens verpflichtet zu sein, ist gleichgültig. Vgl. § 289 Note 25 (zugleich auch wegen des Erforderniſses realer Erfüllung).

39) S. o. Ziff. 2 zu Note 22 ff. Dernburg § 286 Note 14. — Wegen des Verzichts des Bürgen auf die Einrede der Vorausklage s. u. § 296 Note 73.

40) Es handelt sich dann nur um einen theilweisen Verzicht des Gläubigers auf seine Rechte.

41) Vorbehaltlich besonderer Abrede.

42) Zweckmäßigkeitsvorschrift, gegenüber der Regelung wie sie sich sonst aus der Sache selbst ergeben würde. S. o. § 206 II Ziff. 2 u. 3.

43) Selbstverständlich nicht höher. Und dieser Betrag kann bei den Einzelnen verschieden sein. Dem Gesammtschuldverhältniß widerspricht das nicht. S. o. § 207 I Ziff. 1.

44) Nach gemeinem und franz. Recht besteht ein beneficium divisionis der Mitbürgen (vgl. § 4 J. de fidejussor. 3, 20). Die Abschaffung bei gewöhn-

kann nur auf Grund der Leistung seinerseits die Mitbürgen auf verhältnißmäßige Ausgleichung in Anspruch nehmen[45]). Vgl. §§ 426, 774 Abs. 2[46]).

b) Ein anderer Fall mehrfacher Verbürgung ist die Afterbürgschaft (Nachbürgschaft). Hier verpflichtet sich Jemand dem Gläubiger zum Einstehen für den Bürgen, d. h. verbürgt sich dafür, daß der Hauptbürge, wenn er vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, ordnungsmäßig erfüllen werde. Die Nachbürgschaft ist eine selbständige Bürgschaft, nur ist bei ihr der erste Bürge der Hauptschuldner[47]). Daher kann der Nachbürge regelmäßig erst hinter dem ersten Bürgen in Anspruch genommen werden, und der Nachbürge hat keine direkten Rechte gegen den Hauptschuldner, sondern nur gegen den ersten Bürgen[48]).

c) Umgekehrt kann sich der Bürge von einem Dritten dafür einstehen lassen, daß der Hauptschuldner ihn, wenn er vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, für seine Regreßforderung befriedigen werde[49]). Diese Bürgschaft für den Regreß heißt Rückbürgschaft. Auch sie ist eine wahre Bürgschaft und nach den allgemeinen Grundsätzen des Instituts zu beurtheilen[50]). Der materielle Hauptschuldner ist zwar auch für die Rückbürgschaft der Hauptschuldner. Dagegen ist die Person des Gläubigers verschieden (Gläubiger der Rückbürgschaft ist der erste Bürge), und mit dieser Maßgabe laufen beide Bürgschaften nebeneinander her.

5. Die Bürgschaft kann gegen Entgelt oder unentgeltlich übernommen werden. Letzteres ist im nichtkaufmännischen Verkehr das Gewöhnliche[51]). Regelmäßig wird der Bürge zum Einstehen für die

lichen Gesammtschuldnern (wo es schlechterdings nicht zu rechtfertigen ist) schließt es nicht aus. Denn ein Anderes als die persönliche Schuld ist eine bloße Garantie. Die Abschaffung ist vielmehr im Interesse des Gläubigers erfolgt. Dessen Stellung soll sich durch die Bürgschaft Mehrerer nur verbessern, in keiner Hinsicht verschlechtern. — Wohl kann der Gläubiger in die Theilung einwilligen. Sie beurtheilt sich alsdann nach der getroffenen Verabredung.

45) In der Höhe des Regreßanspruchs geht auch die Forderung des Gläubigers auf ihn über. S. o. §§ 201, 207 Ziff. II.

46) S. auch noch oben § 207 zu Noten 55—56.

47) Vgl. schon l. 27 § 4 Dig. de fideiuss. 46, 1; l. 38 § 5 Dig. de sol. 46, 3. Goldschmidt in d. Jahrb. f. Dogmatik Bd. 26 S. 345.

48) Dies folgt aus dem allgemeinen Bürgschaftsrecht. Das Gesetz hat darüber keine besonderen Vorschriften.

49) Die Regreßforderung des Bürgen gegen den Hauptschuldner ist zwar eine bedingte. Doch schadet dies nach § 765 Abs. 2 nicht.

50) Das Gesetz enthält darüber keine besonderen Vorschriften.

51) Umgekehrt kann, wer in Ausübung seines Handelsgewerbes für einen Anderen Bürgschaft übernimmt, dafür auch ohne Verabredung Provision nach den üblichen Sätzen verlangen. § 354 HGB.

Schuld ersucht, sei es vom Hauptschuldner oder dem Gläubiger. § 775 BGB. spricht geradezu von einem Auftrag[52]). Der Bürge kann sich aber auch *unaufgefordert* verbürgen, und zwar unter Umständen, daß die Verbürgung als *nützliche Geschäftsführung* gegenüber dem Hauptschuldner erscheint[53]). Dann hat der Bürge gegen den Hauptschuldner die entsprechenden Rechte[54]).

§ 296.

2. Haftung des Bürgen.

1. Die Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger bestimmt sich in erster Linie *nach dem Vertrage*, in welchem das Einstehen für die Hauptschuld übernommen ist[1]). Existiren mehrere Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, so haftet der Bürge[2]) nur für die Erfüllung derjenigen, für die er sich verbürgen wollte[3]). Für die verbürgte Schuld haftet er regelmäßig geradesoweit als der Hauptschuldner, falls nicht ein Anderes bestimmt ist[4]).

Zu den vertraglichen Beschränkungen der Bürgschaft kann insbesondere gehören, daß der Bürge nur für einen *Theil* des geschuldeten Kapitals[5]), oder blos für das Kapital ausschließlich der Zinsen[6]), oder umgekehrt blos für die Zinsen[7]), oder nur *auf Zeit* für die Schuld einzustehen

---

52) Ebenso das bisherige Recht. Vgl. z. B. l. 38 § 1 Dig. mandati 17, 1. Im Falle des entgeltlichen Ersuchens entspricht die Situation dem § 675 BGB.

53) S. o. §§ 254 ff. Z. B. wegen einer dem letzteren drohenden Zwangsvollstreckung, die durch die Bürgschaft abgewendet wird.

54) §§ 775 BGB. sagt dies ausdrücklich und zieht daraus einige Folgerungen.

1) Z. B. wer sich für einen Kassenbeamten verbürgt, will regelmäßig nicht für diejenigen Kassendefekte aufkommen, welche bei ordnungsmäßiger Revision der Kasse hätten verhütet werden können. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 141.

2) Bei künftigen, insbesondere eventuellen Schulden kann eine beschränkte Bürgschaft auch in dem Sinne übernommen sein, daß alle Schulden, die *innerhalb des bestimmten Zeitraums entstehen*, verbürgt sind, spätere nicht. Der Fall ist nicht mit dem in § 777 BGB. erwähnten (s. u. § 298 Ziff. 4) zu verwechseln.

3) S. noch oben § 295 zu Note 29 oben. Irrthum über die *Person des Hauptschuldners* ist stets als wesentlich anzusehen; nicht aber regelmäßig ein solcher über die Person des *Gläubigers*, wenn nur die Bürgschaftserklärung nach § 766 richtig zugekommen ist. Irrthum über den *Schuldinhalt* wirkt nach den Umständen verschieden (der über den bloßen Schuldgrund wird nach § 295 Note 33 regelmäßig unerheblich sein).

4) S. o. § 295 Ziff. 2 zu Note 14 ff.

5) Z. B. nur für den fälligen Theil. Oder nur für einen Theil der ganzen fälligen Summe.

6) Insbesondere der Verzugszinsen.

7) Sc. solange das Kapital nicht unwiederbringlich verloren ist. Dernburg § 286 Note 6.

verspricht. Letzteres entweder so, daß nur die innerhalb bestimmter Zeit entstehenden Hauptschuldposten verbürgt sind[8]); oder so, daß der Bürge nur für eine bestimmte Zeitdauer verhaftet ist[9]). In dieser Weise kann der Bürge auch nur persönlich (also ohne Uebergang der Verpflichtung auf seine Erben) für die Hauptschuld einstehen[10]).

2. Ohne besondere Verabredung haftet der Bürge für die gesammte Pflicht des Hauptschuldners. Das will sagen:

a) Er haftet für die verbürgte Schuld ihrem Bestande nach. Wie er also nicht verpflichtet ist, wenn sich die Hauptschuld als ungültig herausstellt[11]), so haftet er für die Erfüllung der zukünftigen oder bedingten Hauptschuld erst wenn sie entstanden resp. unbedingt geworden ist[12]). Auf die Erfüllung der entstandenen haftet er nur in demselben Maße wie der Hauptschuldner[13]), und die Verpflichtung erlischt, wenn die des Hauptschuldners restlos aufhört[14]). Erlischt die Hauptschuld nur zum Theil, so ermäßigt sich entsprechend die Verpflichtung des Bürgen. Der Bürge kann daher, wenn er belangt wird, dem Gläubiger ohne Weiteres[15]) die rechtshindernden und rechtsaufhebenden Einwendungen entgegensetzen, die dem Hauptschuldner gegen die Hauptforderung zustehen[16]).

b) Dies wird konsequent auch auf die Einreden des Hauptschuldners gegen die Forderung erstreckt. § 768 Abs. 1 Satz 1[17]).

---

8) Z. B. die bis zu einem gewissen Zeitpunkt aufgelaufenen Zinsen oder Theile der Kapitalschuld (z. B. auf Kredit erhobene Gelder).

9) Von diesem Falle handelt § 777 BGB. S. u. § 298.

10) Ohne besondere Verabredung geht die Bürgschaft, wie regelmäßig alle Rechtsverhältnisse, auf die beiderseitigen Erben über. — Beim Tod des Bürgen hat der Gläubiger grundsätzlich die Rechte des § 777.

11) S. o. § 295 zu Note 8 ff. — Der Gläubiger muß die Gültigkeit der Hauptschuld dem Bürgen gegenüber geradeso beweisen, wie er sie dem Hauptschuldner beweisen müßte.

12) Wegen des Erfüllungsorts s. o. § 155 Note 37.

13) Z. B. wenn der Hauptschuldner nur für grobes Verschulden haftet, ist auch der Bürge nicht für die Folgen eines leichten Versehens verantwortlich.

14) Z. B. wegen Erfüllung der Hauptschuld. Aber auch bei Befreiung des Hauptschuldners aus § 275 BGB., durch Erlaß u. dgl. — Hätte der Bürge die Unmöglichkeit der Erfüllung der Hauptschuld vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt, so bleibt er verpflichtet. S. u. § 298 Ziff. 1.

15) Dies folgt aus dem Begriff der Bürgschaft und entspricht dem bisherigen Recht. Vgl. l. 6 § 2, l. 7, 29 Dig. de fideiuss. 46, 1. Einer besonderen Gesetzesvorschrift in dieser Hinsicht bedarf es nicht. S. auch Hellwig, Rechtskraft S. 30 ff.

16) S. o. Bd. I § 126 I Ziff. 1. — Sie sind vom Bürgen geradeso zu beweisen, wie sie der Hauptschuldner, wenn er belangt wäre, zu beweisen hätte.

17) Schon römisch galt der Satz: exceptiones rei competunt fidejussori, wenigstens (nach späterem Recht) für die sog. exceptiones rei cohaerentes. Vgl. l. 7 § 1 Dig. de exc. 44, 1. Aehnlich Preuß. A.LR. I Tit. 14 § 310. Eine

Denn wirthschaftlich macht es keinen Unterschied, ob der Gläubiger überhaupt nicht fordern kann, oder ob sein Anspruch durch ein Weigerungsrecht des Schuldners lahmgelegt ist. Ein Gleiches gilt für die anderen rechtshemmenden Einwendungen des Schuldners, soweit sie hier vorkommen[18]). So kann der Bürge sich z. B. auf die Einrede der Verjährung[19]), des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrages[20]), soweit sie dem Hauptschuldner zustehen, berufen. Ob die Einrede nach der Verbürgung entstanden ist, ist gleichgültig.

α. Der Satz, daß der Bürge die Einreden des Hauptschuldners geltend machen kann, erleidet indeß Ausnahmen. Zwar eine generelle Ausnahme für „höchstpersönliche" Einreden des Hauptschuldners[21]) wird nicht mehr gemacht, da sie an zu großer Unbestimmtheit leidet. Vielmehr nennt das Gesetz einzelne Einwendungen, welche dem Hauptschuldner vorbehalten bleiben[22]). Hierhin gehört vor Allem die Einrede der beschränkten Haftung des Erben nach dem Tode des Hauptschuldners[23]). § 768 Abs. 1 Satz 2[24]).

Ueberhaupt ist dem Bürgen die Bezugnahme auf alle Rechtsbehelfe des Hauptschuldners zu versagen, gegen welche die Bürgschaft gerade Schutz gewähren sollte. Dies folgt aus der Vertragsabsicht[25])[26]).

Beschränkung auf Einreden, wegen deren der Bürge den Regreß gegen den Hauptschuldner hat, kommt nicht mehr vor. Vgl. Stammler, Die Einrede a. d. Recht eines Dritten (1900 in d. Hall. Festg. f. Dernburg) bes. S. 115ff., 120, 124ff.

18) S. Bd. 1 § 126 I Ziff. 2.

19) Und zwar selbst dann, wenn die Verjährung gegen den Bürgen selbst rechtzeitig unterbrochen worden war. Die Einrede des Hauptschuldners, welche der Bürge geltend macht, blieb davon (nach § 425 Abs. 2) unberührt.

20) Vgl. §§ 320ff. BGB. (s. o. § 169). Diese Vorschrift stellt das Verhältniß bei gegenseitigen Verträgen klar. Ist die Leistung der einen Partei verbürgt, so kann der Bürge nicht Leistung an sich selbst verlangen, auch wenn er als Bürge für die Gegenleistung in Anspruch genommen wird, sondern nur Leistung an den Hauptschuldner. Der Bürge seinerseits hat aber ein Leistungsweigerungsrecht, bis der Gläubiger (Zug um Zug) den Hauptschuldner befriedigt. — Cosack § 158 IV drückt dies so aus: die Bürgschaft sei kein gegenseitiger Vertrag. Aber letzteres betrifft die Frage des Entgelts für die Bürgschaft, und wir haben gesehen (oben § 295 Ziff. 5), daß die Bürgschaft entgeltlich sein kann.

21) Vgl. l. 7 pr. Dig. de exc. 44, 1. Preuß. A.LR. I Tit. 14 §§ 281, 282; Code Nap. Art. 2012, 2036.

22) Soweit keine derartigen Ausnahmen festgesetzt sind, steht arg. § 768 BGB. die Einwendung regelmäßig dem Bürgen zu. So z. B. die Einrede des Nothbedarfs (§ 519 BGB.); einer dem Hauptschuldner bewilligten Stundung ꝛc. S. jedoch unten bei Note 25.

23) Vgl. o. Bd. I § 36 zu Note 11 sowie das Erbrecht.

24) Aehnlich liegt der Fall des Zwangsvergleichs über das Vermögen des Hauptschuldners. § 193 KO. Danach kann sich der Bürge auf die durch den Zwangsvergleich eingetretene Reduktion des Gläubigerrechts nicht berufen.

β. Soweit dem Bürgen die Vertheidigung mit Einreden des Hauptschuldners gestattet ist, verliert er die Einrede auch nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet. § 768 Abs. 2[27]). Also der Bürge kann die Einrede trotz des Verzichts vorschützen. Dies gilt auch für andere Einwendungen des Hauptschuldners[28]). Dagegen kann der Bürge dem Verzicht zustimmen mit der Wirkung, daß er auch selbst die Einrede verliert. Ingleichen kann er für sich auf die Geltendmachung von Einreden verzichten, die dem Hauptschuldner zustehen[29]).

c) Eine eigenthümliche Behandlung haben die Fälle gefunden, in denen dem Hauptschuldner ein Anfechtungsrecht der Hauptverbindlichkeit oder die Befugniß zur Aufrechnung einer Forderung wider dieselbe zusteht. § 770 BGB.[30]). In beiden Fällen liegt keine Einrede gegen die Hauptschuld vor, die der Bürge benutzen könnte, sondern es handelt sich um einen Rechtsakt, den der Hauptschuldner nach seinem Belieben, nicht aber der Bürge vornehmen darf. Gleichwohl soll der Bürge sich auch auf jene Umstände in geeigneter Weise berufen können. Dies wird in folgender Weise vermittelt:

α. Kann der Hauptschuldner das Rechtsgeschäft, aus dem seine Verpflichtung entspringt, anfechten, so darf der Bürge zwar das Anfechtungsrecht nicht ausüben, aber die Befriedigung des Gläubigers solange verweigern, als das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners besteht[31]). Aus dem Anfechtungsrecht des Hauptschuldners erwächst also dem Bürgen eine Einrede[32]). § 770 Abs. 1. — Frei-

25) S. o. § 295 bei Note 18—21. Z. B. unter Umständen die Berufung auf unvollkommene Geschäftsfähigkeit des Hauptschuldners (gegen § 770 Abs. 1 BGB.).

26) Dagegen läßt sich nicht allgemein sagen (Dernburg § 287 Note 6), daß der Bürge sich auf alle diejenigen Einreden nicht berufen könne, die ihren Grund in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners haben. Alles ist, wie im Text, auf den Vertragswillen abzustellen. Abgesehen davon greift das Gesetz nur die bei und in Note 24 erwähnten beiden Einreden heraus.

27) Wegen anderer Rechtsbehelfe des Hauptschuldners s. u. lit. c.

28) Auch ein solcher Verzicht ist ein der Verbürgung nachfolgendes Rechtsgeschäft des Hauptschuldners. Durch ein solches kann die Verpflichtung des Bürgen nicht ohne seine Zustimmung erweitert werden. S. § 767 Abs. 1 i. f. u. unten lit. d. Das Prinzip ist das gleiche; der § 768 Abs. 2 ist also nicht einschränkend auszulegen.

29) Der nachträgliche Verzicht ist darin nicht anders als der gleichzeitige bei der Verbürgung (s. o § 295 bei Note 18 ff.) zu beurtheilen. S. dazu auch Dernburg § 287 zu Note 7.

30) Entsprechend der veränderten Struktur dieser Rechte. S. o. Bd. I § 34 bei Note 2, § 36 bei Note 4, § 80, u. hier oben §§ 191 ff.

31) So z. B. bei wesentlichem Irrthum des Hauptschuldners, Betrug, Zwang, soweit sie zu seinem Nachtheil geübt sind.

32) Vgl. schon oben Bd. I § 36 nach Note 9. Die Einrede ist eine auf-

lich dauert das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners oft nicht lange[33]). Wichtig ist daher, ob dem Hauptschuldner aus dem Anfechtungsgrund auch eine gewöhnliche Einrede erwächst[34]). Dies ist der Fall, soweit das Vorkommniß zugleich den Thatbestand einer unerlaubten Handlung[35]) darstellt. Dann hat der Hauptschuldner (z. B. gegen die erschlichene oder abgepreßte Forderung) die Einrede des § 853 BGB., und diese steht auch dem Bürgen zu[36]).

Ein bloßes Rücktrittsrecht des Hauptschuldners kann dagegen der Bürge weder selbst ausüben noch für sich als Einrede verwerthen. § 770 BGB. schließt diese Möglichkeit aus. Das Recht, Wandelung oder Minderung zu verlangen, kommt zwar nach § 478 BGB. auch als Einrede vor und steht in dieser Form dem Bürgen offen[37]); doch kann er nur Minderung seiner Leistung, nicht Wandelung verlangen, weil es dem Wesen der Bürgschaft widerspricht, die Hauptschuld, statt sie zu stützen und zu befestigen, durch willkürlichen Eingriff an Stelle des Hauptschuldners aufzuheben[38]).

Hat der Bürge in Unkenntniß seiner Einrede bereits erfüllt, so kann er das Geleistete nicht zurückfordern[39]). Vgl. § 813 Abs. 1. Anders wenn der Hauptschuldner noch wirksam anficht.

β. Hat der Hauptschuldner eine Forderung, die sich zur Aufrechnung eignet, so kann der Bürge zwar die Aufrechnung nicht selbst vollziehen[40]), aber es wird ihm eine eigene Einrede[41]) gegeben (§ 770 Abs. 2), des Inhalts, daß der Bürge die Leistung an den

schiebende. Sie besteht nur solange das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners dauert und noch nicht ausgeübt ist. Ist es ausgeübt, so ist die Hauptschuld dadurch vernichtet, und der Bürge kann sich (nach lit. a) auf diese Vernichtung berufen. Wird es nicht ausgeübt, so verliert sich die Einrede sobald das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners erlischt..

33) Vgl. o. Bd. I § 81 zu Note 11 ff., § 95 zu Note 10 ff.

34) Denn diese kann alsdann der Bürge (nach lit. b) regelmäßig im gleichen Umfang ausüben wie der Hauptschuldner selbst.

35) S. §§ 823 ff. BGB. u. unten §§ 324 ff., 340. So z. B. bei Betrug und Zwang.

36) Dernburg § 287 Ziff. IV.

37) Arg. § 768 BGB.

38) Letzteres verkennt Planck § 770 Note 1.

39) S. o. Note 32. Richtig Oertmann § 770 Note 2. Das Resultat ist auch wirthschaftlich gerechtfertigt. — Anders wenn der Bürge nach Anfechtung des Hauptschuldners und in Unkenntniß dessen geleistet hatte.

40) Wie nach röm. Recht durch Gebrauch der exceptio compensationis vgl. l. 4 ff. Dig. de comp. 16, 2, nach Preuß. A.L.R. I Tit. 16 § 328, Art. 1294 Code Nap., §§ 988, 1459 Sächs. GB.

41) Dieselbe ist eine aufschiebende, wie bei lit. a. Das oben Note 32 Gesagte findet entsprechende Anwendung. Die Einrede besteht bis zum Vollzug der Aufrechnung seitens der Hauptparteien oder bis zum Verlust der Aufrechnungsbefugniß. Nach Vollzug der Aufrechnung hat der Bürge die Rechte bei lit. a.

Gläubiger verweigern darf, solange dieser sich durch Aufrechnung gegen die Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann[42]).

Auffallend ist dabei, daß § 770 BGB. die Einrede auf die Aufrechnungsbefugniß des Gläubigers abstellt. Wenn die Forderung des Hauptschuldners von der Art ist, daß nur er, nicht der andere Theil aufrechnen kann[43]), müssen wir dann nicht dem Bürgen das Recht geben, sich im Wege der Einrede auf die Forderung des Hauptschuldners zu berufen? Die Analogie von lit. α, die Rechtsgeschichte[44]) und ein arg. a fortiori[45]) sprechen dafür. Eine Beschränkung lag auch nicht in der Absicht des Gesetzes[46]).

Hat der Bürge erfüllt, so entfällt auch hier jedwedes Rückforderungsrecht[47]).

d) Im Uebrigen haftet der Bürge für die verbürgte Schuld ihrem jeweiligen Bestande nach. Er haftet also für alle Aenderungen und Erweiterungen, welche die Hauptschuld durch ein zu vertretendes Verhalten des Schuldners, insbesondere durch Verzug oder sonstiges Verschulden erleidet[48]). Diese eventuellen Erweiterungen und Umbildungen sind in der Natur des Schuldverhältnisses eingeschlossen, sodaß sich die Bürgschaft (mangels Vorbehalts) darauf erstreckt[49]). Ebenso

42) Die Forderung des Hauptschuldners muß fällig sein. Dies gehört regelmäßig zu den Erfordernissen der Aufrechenbarkeit. S. o. § 192. Die Ausnahme bei Note 13 daselbst kann nicht gegen den Gläubiger gewendet werden.

43) Z. B. die Forderung des Hauptschuldners gründet sich auf eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung des Gläubigers. Vgl. o. § 192 Ziff. 7—9.

44) Der Bürge hatte ehedem die exceptio compensationis wie die anderen Einreden des Hauptschuldners.

45) Mit Recht hebt Oertmann § 770 Note 3 hervor, daß es anstößig wäre, wenn der Bürge schärfer haftet, wenn nur der Schuldner, als wenn nur der Gläubiger die Hauptschuld durch Aufrechnung beseitigen kann.

46) Das Gesetz wollte nur eine Formel finden, um dem Bürgen die althergebrachte Berufung auf Gegenforderungen des Schuldners zur Aufrechnung wieder zu eröffnen, nachdem die Aufrechnung den Charakter einer Einrede verloren hatte. S. Prot. Bd. 2 S. 471. Zu diesem Zweck nahm man (ohne weitere Prüfung) einen in der Fassung verunglückten Antrag an. Gegen dessen wörtliche Auslegung auch Dernburg § 287 Ziff. V, Oertmann a. a. O. A. M. Planck § 770 Ziff. 2, Cosack § 158 IV Ziff. 2c. — Sowie die Forderung des Hauptschuldners hinwegfällt, entfällt natürlich für den Bürgen die Möglichkeit, sich im Wege der Einrede darauf zu berufen. Der Bürge kann auch hier in die Befugnisse des Hauptschuldners nicht eingreifen. Er kann nicht für ihn kompensiren, sondern hat nur eine dilatorische Einrede, solange die Aufrechnungsbefugniß des Hauptschuldners besteht.

47) Wie oben Note 39.

48) Vgl. o. §§ 157 ff., 170 ff. Z. B. auf die dadurch geschuldeten Verzugszinsen, Schadensersatz 2c. S. schon l. 56 § 2, l. 58 § 1 Dig. de fideiuss. 46, 1; l. 24 § 1 Dig. de usur. 22, 1; Art. 2016 Code Nap.; § 1456 Sächs. GB.

49) Ebenso ist der Bürge verpflichtet, wenn der Hauptschuldner die Gefahr trägt, d. h. leisten muß ohne die Gegenleistung zu erhalten.

haftet der Bürge für die Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung der Schuld, soweit der Hauptschuldner diese Kosten dem Gläubiger zu ersetzen hat[50]). § 767. Dagegen schafft das Urtheil wider den Hauptschuldner nicht Rechtskraft gegenüber dem Bürgen[51]), auch wenn es die oben erwähnten Fortbildungen des Hauptanspruchs feststellt. Der Bürge kann sie also für seine Person mit neuen Einwendungen[52]) bekämpfen[53]).

Auf der anderen Seite haftet der Bürge nicht für solche Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, die nicht auf dem verbürgten Schuldverhältnisse, sondern auf anderweiten[54]), insbesondere nachträglichen Rechtsgeschäften beruhen. § 767 Abs. 1 i. f. So bei nachträglicher Verabredung einer Verzinsung der Hauptschuld, einer Vertragsstrafe, der Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit an Stelle der bisherigen[55]) u. dgl. Eine Verabredung zwischen den Hauptparteien über Anrechnung einer geleisteten Zahlung auf anderweitige unverbürgte Forderungen des Gläubigers steht dem Bürgen nicht entgegen[56]). Wenn der Hauptschuldner den Bürgen beerbt oder umgekehrt, so bleibt die Hauptschuld davon unberührt[57]). Es erlischt nur unter Umständen die Bürgschaftsschuld[58]).

3. Eigene Einwendungen wider den Gläubiger stehen dem Bürgen wie jedem Schuldner zu. Z. B. die Berufung auf Ungültigkeit des Bürgschaftsvertrages, auf Bedingungen der Bürgschaftsübernahme,

---

50) S. dazu noch § 100 CPO.

51) Vgl. o. Bd. I § 130 zu Note 33 ff.

52) Insbesondere kann er Beweis dafür verlangen. — Ueber die sonstigen Einwendungen des Bürgen s. u. Ziff. 3.

53) Er haftet auch nicht ohne Weiteres für die Modifikation, welche die Hauptschuld durch das Urtheil erleidet. Doch kann das Gegentheil bedungen werden. S. hierzu auch Entsch. d. ROHG. Bd. 1 S. 59. — Wenn das Urtheil wider den Hauptschuldner dessen Verpflichtung verneint, so kann sich der Bürge darauf nach lit. a berufen. Vgl. o. Bd. I § 130 Note 13, Hellwig, Rechtskraft S. 30.

54) Bei gleichzeitigem Abschluß ist es Thatfrage, ob die Bürgschaft die ganze Geschäftsbeziehung des Hauptschuldners mit dem Gläubiger umfaßt: z. B. vertragsmäßige Zinsen der Hauptschuld, eine Vertragsstrafe u. s. w. So namentlich wenn der Bürge diese gleichzeitigen Verpflichtungen kannte und mit Bezug darauf keinen Vorbehalt machte. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 10 S. 52.

55) S. o. §§ 187, 188.

56) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 110.

57) Beerbt der Gläubiger den Hauptschuldner oder umgekehrt, so erlischt die Hauptschuld und damit die Bürgschaftsschuld. S. u. § 298 Ziff. 1.

58) S. u. § 298 Ziff. 2.

59) Daß die gegenüber dem Hauptschuldner stattgefundene Unterbrechung der Verjährung nicht gegen den Bürgen wirkt, und umgekehrt, folgt von selbst daraus, daß es sich um verschiedene Ansprüche handelt. S. noch oben Note 19.

die nicht eingetreten oder wieder hinweggefallen sind, die Einrede der Verjährung[59]) u. s. w.

Eine besondere Einrede erwächst dem Bürgen aus der accessorischen Natur seiner Verpflichtung[60]). Der Gläubiger hat nicht einfach die Wahl, ob er den Hauptschuldner oder den Bürgen in Anspruch nehmen will. Vielmehr soll der Bürge im Allgemeinen erst dann in Anspruch genommen werden, wenn vom Hauptschuldner keine Befriedigung zu erlangen ist[61]). Dies wird erreicht durch eine Einrede des Bürgen wider den Anspruch des Gläubigers: die Einrede der Vorausklage[62]). §§ 771 ff. Kraft dieser Einrede kann der Bürge verlangen, daß der Gläubiger sich zunächst an den Hauptschuldner halte[63]) — daß von ihm selbst erst Befriedigung begehrt werde, wenn die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg blieb[64]).

Immerhin hat die Einrede bestimmte Grenzen:

a) Es genügt einmaliger Vollstreckungsversuch wider den Hauptschuldner. Der Bürge kann also keine Wiederholung des Versuchs verlangen, weil der Schuldner inzwischen in bessere Vermögensverhältnisse gekommen sei[65]).

b) Besteht die Bürgschaft für eine Geldforderung, so braucht der Gläubiger nicht jedes Mittel der Zwangsvollstreckung zu versuchen[66]), sondern nur die Zwangsbeitreibung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners; auch nicht überall, sondern nur am Wohnsitz des Schuldners, seiner etwa davon verschiedenen gewerblichen Niederlassung und in Ermangelung beider an seinem Auf-

---

60) Vgl. o. § 295 Ziff. 1. — Ueber stärkere Rechte des Bürgen im Falle der sog. Schadlosbürgschaft s. o. § 295 Note 28.

61) Dies entspricht der Regel des älteren deutschen, wie dem röm. Recht. Aber die vollkommene Ausgestaltung ist erst im gemeinen Recht durch Aufstellung des beneficium excussionis (im Anschluß an Nov. 4 cap. 1) erfolgt. Aehnlich Art. 2021 ff. Code Nap. u. § 1461 Sächs. GB. Das Preuß. A.LR. I Tit. 14 § 283 kennt das Institut in etwas anderer Struktur.

62) Vgl. Unger in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 29 S. 1.

63) Ohne Vorschützung der Einrede muß der Bürge zahlen.

64) D. h. der Gläubiger muß sich zunächst gegen den Hauptschuldner wenden, einen vollstreckbaren Titel gegen ihn erwirken und auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung gegen ihn versuchen (in den unten bezeichneten Grenzen). Daß er dies gethan, hat der Gläubiger auf Vorschützung der Einrede zu beweisen.

65) Vgl. Motive Bd. 2 S. 670 und den Wortlaut des § 771. — Anderseits hemmt die Einrede nicht die Verjährung des Anspruchs wider den Bürgen. § 202 Abs. 2 BGB.

66) Dies würde für den Gläubiger zu umständlich, insbesondere auch zu zeitraubend sein. So z. B. die ganze Immobiliarzwangsvollstreckung, die Pfändung in Forderungsrechte des Hauptschuldners.

enthaltsorte[67]). Hat jedoch der Gläubiger wegen seiner Forderung ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht an einzelnen beweglichen Sachen des Hauptschuldners[68]), so muß er auch zuvor aus diesen Sachen Befriedigung suchen[69]). Anders nur, wenn das Recht zugleich zur Sicherung sonstiger Ansprüche des Gläubigers bestimmt ist, und nicht hinreichende Sicherheit für alle diese Ansprüche gewährt. § 772.

c) Endlich ist die Einrede der Vorausklage in gewissen Fällen ausgeschlossen[70]). So vor Allem im Handelsrecht[71]) und bei der Verbürgung für den Zwangsvergleich im Konkursverfahren[72]). Nach bürgerlichem Recht nur

α. wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet hat. Dies kann in jeder Form, insbesondere auch beim Abschluß des Bürgschaftsvertrages geschehen[73]). Ein häufiger Ausdruck dafür ist, daß der Bürge als Selbstschuldner einstehen wolle[74]). § 773 Ziff. 1.

β. Ferner fällt die Einrede der Vorausklage hinweg, wenn wegen nachträglicher Veränderung des Wohnsitzes, Gewerbssitzes oder Aufenthaltsortes des Hauptschuldners[75]) die Rechtsverfolgung des Gläubigers wider den Hauptschuldner wesentlich erschwert ist[76]), oder wenn der Hauptschuldner in Konkurs fällt. Endlich

---

67) Nachweis erfolgloser Zwangsvollstreckungsmaßregeln an diesen Orten genügt also für den Gläubiger, um die Einrede der Vorausklage aus § 772 Abs. 1 auszuschließen. Selbstredend muß die Maßregel genügend durchgreifend (kein bloßer Schein) sein.

68) S. §§ 273 ff., 1204 ff. BGB., §§ 369 ff. HGB. Das Pfandrecht braucht kein vertragsmäßiges zu sein. Z. B. der Vermiether, der nur gegen Bürgschaft vermiethet hatte, muß erst die Illaten des Miethers angreifen.

69) Insoweit gilt noch heute der Satz, daß der Bürge erst hinter den Pfändern kommt.

70) Größtentheils entsprechend dem älteren Recht.

71) D. h. wenn die Bürgschaft für den Bürgen ein Handelsgeschäft ist. § 349 HGB. S. jedoch für Minderkaufleute das. § 351.

72) Vgl. § 194 KO. — Hier kann umgekehrt die Einrede vorbehalten werden.

73) Der Verzicht bedarf nicht der Schriftform. Es handelt sich nur um Verzicht auf eine besondere Einrede.

74) Auch diese Abrede tilgt aber den accessorischen Charakter der Bürgschaft keineswegs aus. S. u. nach lit. β.

75) D. i. der Stellen, an welchen nach lit. b die zwangsweise Rechtsverfolgung wider ihn vorzugsweise zu versuchen ist.

76) Ob wesentliche Erschwerung vorliegt, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Z. B. liegt sie vor bei Verlegung des Schuldnerwohnsitzes in's Ausland (nicht blos in einen anderen deutschen Bundesstaat, RG. Bd. 6 S. 156) oder bei Verschwinden des Hauptschuldners, ohne daß man weiß, wohin. — Ebensowenig liegt diese Voraussetzung vor, wenn genug andere bequem realisirbare Vollstreckungsmittel, oder Pfand- und Retentionsobjekte für den Gläubiger zurückgeblieben sind.

wenn sonstige Umstände eingetreten sind, aus denen geschlossen werden kann, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen werde[77]). § 773 Ziff. 2—4. — Immer vorausgesetzt[78]) daß der Gläubiger sich nicht aus einer hinreichenden Anzahl beweglicher Sachen des Schuldners auf Grund zustehender Pfand- oder Zurückbehaltungsrechte[79]) befriedigen kann. Abs. 2.

Fällt die Einrede der Vorausklage hinweg[80]), so steht der Bürge dennoch keineswegs einem gewöhnlichen Gesammtschuldner gleich. Seine Haftung bleibt accessorisch, d. h. richtet sich im Uebrigen durchaus nach der Verpflichtung des Hauptschuldners[81]).

§ 297.

3. Rückgriff des Bürgen.

Der Bürge, der für eine fremde Schuld einsteht, muß sich dafür beim Hauptbetheiligten erholen können. Der Bürge haftet nur accessorisch — er soll nicht definitiv an Stelle des Hauptschuldners leisten.

Der Rückgriff des Bürgen als solcher geht gegen den Hauptschuldner. — Nicht hierher rechnen wir den Rückgriff unter Mitbürgen, von denen einer (ganz oder theilweise) den Gläubiger befriedigte. Dieses Rückgriffsrecht ist nichts als das gewöhnliche Recht auf Ausgleichung unter Gesammtschuldnern[1]). S. §§ 426, 774 Abs. 2. Nicht hierher gehört auch die Inanspruchnahme eines Rückbürgen[2]). Dies ist gar kein Regreß, sondern Hauptanspruch aus dem bezüglichen Bürgschaftsvertrage[3]).

77) Z. B. wenn die Zwangsvollstreckung anderer Gläubiger fruchtlos blieb; wenn der Hauptschuldner bereits von der Armenverwaltung unterstützt wird u. dgl.

78) Wegen des Falles bei Note 76 s. daselbst am Ende.

79) Es sei denn wiederum, daß das Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht auch noch zur Sicherung anderer Ansprüche des Gläubigers bestimmt ist und nicht für Alle hinreichende Sicherheit gewährt.

80) Steht die Schuld auf Kündigung, so soll nach Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 187 Kündigung an den Bürgen ausreichen.

81) Dies wirkt zum Vortheil und zum Nachtheil des Bürgen. Die §§ 767, 768, 770 BGB. sind auch auf den selbstschuldnerischen Bürgen anwendbar. Z. B. auf Verjährung der Hauptschuld kann der Bürge sich berufen. Vgl. Prot. Bd. 2 S. 471. Entsch. d. RG. Bd. 34 S. 153. S. ferner unten § 297 bei Note 32 und 298 Ziff. 1.

1) S. o. § 295 Ziff. 4a u. Cit., §§ 201 u. 207 Ziff. II.

2) S. o. § 295 Ziff. 4c.

3) Der Rückbürgschaft! — Also Anspruch im Sinne des § 296 oben.

Der Rückgriff des Bürgen kommt in zwei Gestalten vor. Einmal als Anspruch auf Erstattung des Geleisteten. Sodann als Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft.

I. Der Anspruch auf Erstattung des Geleisteten läßt sich herleiten

1. aus dem der Bürgschaft zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Dies ist ein Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner, aus welchem ersterer die Bürgschaft übernahm. Es ist im Wesentlichen Auftrag[4]) oder nützliche Geschäftsführung. Hier hat der Bürge gegen den Hauptschuldner die Rechte aus § 670 (683) BGB. Dieser persönliche Regreßanspruch hat die gewöhnlichen Vortheile: er erstreckt sich auf Zinsen und Kosten der verauslagten Summen vom Augenblicke der Verwendung an[5]) und eventuellen Schadensersatz[6]). War die unbeauftragte Verbürgung für den Hauptschuldner nicht nützlich[7]), so hat der Bürge nur den Anspruch auf Erstattung der durch seine Leistung eingetretenen ungerechtfertigten Bereicherung des Hauptschuldners[8]). Alle diese Ansprüche verjähren in gewöhnlicher Zeit, also in 30 Jahren[9]).

2. Daneben erlangt der Bürge[10]), auf Grund der Befriedigung des Gläubigers auch hier dessen Rechte[11]). § 774 BGB.[12]). Dies entspricht der Vorschrift bei Gesammtschuldnern[13]), und ist schon früher erörtert[14]). Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, tritt

---

4) In dem oben § 295 Ziff. 5 festgestellten Sinne. Entgeltlich oder unentgeltlich. §§ 662 ff., 675 BGB.

5) Arg. § 256 BGB.

6) S. o. §§ 252 III Ziff. 2, 255.

7) Z. B. hing die Kreditgewährung an den Hauptschuldner nicht davon ab, oder ist gar gegen ein besonderes Verbot des Hauptschuldners gehandelt. Vgl. über die Kriterien der nützlichen Geschäftsführung oben § 255.

8) Arg. § 684 BGB. — Es sei denn (§ 685 eod.), daß er sich ohne Ersatzabsicht verbürgt hatte. Vgl. o. § 255 Note 49 ff. u. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 345.

9) Auch wenn die Verjährung der vom Bürgen getilgten Hauptforderung eine kürzere war.

10) Soweit der eine Weg im gegebenen Falle einen Vortheil über den anderen hinaus bietet, kann der Bürge jeden nach seiner besonderen Richtung hin ausnutzen. S. Bd. I § 121 Ziff. 3.

11) Subrogation. S. o. § 201 Ziff. II.

12) Gleichgültig ob sie vor oder erst nach der Verbürgung entstanden sind. — Hinsichtlich des Uebergangs gelten die gewöhnlichen Regeln. Z. B. §§ 402, 403 BGB. sind anwendbar.

13) Vgl. o. § 207 II Ziff. 3 i. f.

14) Nach röm. Recht hatte der Bürge das beneficium cedendarum actionum. Vgl. bes. l. 36 Dig. de fidejuss. 46, 1. Da die Abtretung sich praktisch als eine unnütze Formalität darstellt, ging das neuere Recht darüber hinaus. Vgl. Preuß. A.L.R. I Tit. 14 § 338 (Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 47), Code Nap. Art. 2029.

er kraft Gesetzes in dessen Rechte ein[15]). Demnach hat er die Ansprüche des Gläubigers, z. B. aus den Pfandrechten, die für die Hauptforderung bestehen[16]), und eventuell gegen einen Vorbürgen[17]). Im Konkurs des Hauptschuldners genießt er die Vorrechte, die zu Gunsten der Hauptforderung bestehen. Dagegen hat er wider etwaige Mitbürgen die Rechte des Gläubigers nur, soweit er als Gesammtschuldner von ihnen Ausgleichung verlangen kann[18]). § 774 Abs. 2 (426). — Allgemeine Beschränkungen sind folgende:

a) Der Uebergang tritt nur in Höhe der Befriedigung des Gläubigers ein. Erfolgte diese also nur theilweise, so behält der Gläubiger im Uebrigen seine Rechte[19]). Auch kann der Uebergang niemals zum Nachtheile des Gläubigers geltend gemacht werden[20]). Soweit der Gläubiger also nicht voll befriedigt ist, geht er für seinen Rest dem Bürgen vor[21]).

b) Einwendungen des Hauptschuldners aus seinem Verhältniß zum Bürgen stehen ihm auch gegen den abgeleiteten Anspruch zu[22]). § 774 Abs. 1 i. f. Hieraus erwächst auch ein genügendes Interesse des Bürgen, vor Ausbezahlung des Gläubigers den Hauptschuldner zu benachrichtigen[23]).

---

15) Einschließlich der Vorrechte und Nebenrechte der Forderung. Darin liegt die Hauptbedeutung der Subrogation.

16) Bei Hypotheken unter Berücksichtigung des § 1153 BGB. (s. auch § 1143 eod.).

17) Wenn der Zahlende selber als Nachbürge (s. o. § 295 Ziff. 4b) den Gläubiger befriedigt hat.

18) Also insbesondere gegen die einzelnen Mitbürgen nur pro parte ihres Regreßantheils. S. o. bei Note 1 sowie § 207 II Ziff. 3 (auch § 201 gegen Ende).

19) Empfing er die Theilzahlung des Bürgen, nachdem er seine Forderung im Konkurse über das Vermögen des Hauptschuldners angemeldet hatte, so kann er die Konkursdividende von seiner ganzen Forderung verlangen. S. o. § 207 Note 67 u. Cit. Entsch. d. RG. Bd. 8 S. 291.

20) Nemo subrogat contra se.

21) Z. B. in der Konkurrenz auf ein Pfandobjekt für die Forderung, — mag blos ein Theil der Bürgschaftsschuld bezahlt oder nur ein Theil der Hauptforderung verbürgt sein (vgl. ehemals Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 184). Aehnlich im Konkurs über das Vermögen des Hauptschuldners.

22) Also gegen die actio cessa des Gläubigers (s. o. § 201 zu Note 41 ff.). Z. B. daß die Verbürgung keine nützliche Geschäftsführung gewesen oder ohne Ersatzabsicht erfolgt sei. S. o. Ziff. 1. Oder daß der Bürge mit Mitteln des Hauptschuldners bezahlt habe. Oder daß die Hauptschuld den Bürgen als Mitbetheiligten selbst anging, sodaß er einen Theil der Leistung selbst zu tragen habe.

23) Denn unterläßt er dies und folgt daraus eine Doppelzahlung (seitens des Hauptschuldners und des Bürgen), so wird daraus nach Treu und Glauben ein Einwand gegen die Erstattung hervorgehen. — Im Prozeß des Gläubigers wider den Bürgen erfolgt die Benachrichtigung durch Streitverkündung. S. dazu noch Motive Bd. 2 S. 675.

Selbstverständlich behält der Schuldner gegen den abgeleiteten Anspruch auch alle seine bisherigen Einwendungen nach den Regeln der Abtretung von Forderungsrechten[24]).

II. Nur eine Art anticipirten Regresses ist es, daß der Bürge unter Umständen vom Hauptschuldner schon vor der Zahlung Befreiung von der Bürgschaft oder wenigstens Sicherstellung verlangen kann. § 775 BGB.

In gewissen Fällen, in denen die Gefahr, aus eigenen Mitteln zahlen zu müssen, für den Bürgen dringend geworden ist[25]), kann er schon vorbeugend vom Hauptschuldner die Ergreifung geeigneter Gegenmaßregeln verlangen. So namentlich bei Fälligkeit der Hauptschuld deren Tilgung[26]), oder Erwirkung der Entlassung des Bürgen[27]), sei es ohne oder gegen Entgelt[28]). Ist die Hauptschuld noch nicht fällig, so kann der Bürge wenigstens Sicherheit für die eigene demnächst zu bewirkende Leistung fordern[29]). Abs. 2.

1. Da noch nicht gezahlt ist, kann dieser Anspruch nur auf das der Bürgschaft zu Grunde liegende Rechtsverhältniß gestützt werden[30]), also auf Auftrag oder nützliche Geschäftsführung für den Hauptschuldner. War die Bürgschaft nicht nützlich, so kommt es auf die Genehmigung des Hauptschuldners an[31]). Gleichgültig ist, ob der Bürge sich als Selbstschuldner verpflichtet hatte[32]).

2. Besondere Voraussetzung des Befreiungs- oder Sicherungsrechts ist, daß entweder

a) die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners sich erheblich verschlechtert haben, — oder daß er mit Erfüllung der

---

24) S. o. §§ 200, 201 Note 38 ff. Z. B. hatte er den Gläubiger schon vor dem Bürgen befriedigt, so war kein Anspruch des Gläubigers mehr vorhanden, der auf den Bürgen übergehen konnte. — Der persönliche Regreß (Ziff. 1) wird dadurch unter Umständen nicht berührt.

25) Z. B. wenn der Bürge zwar noch nicht gezahlt hat, aber schon zur Zahlung an den Gläubiger verurtheilt ist. Vgl. schon l. 38 § 1 Dig. mandati 17, 1; l. 10 Cod. eod. 4, 35 ꝛc. Entsch. d. RG. Bd. 27 S. 58. S. u. Ziff. 2.

26) Wodurch Hauptschuld und Bürgschaftsschuld zugleich erlöschen, also die Bürgschaft beendigt wird. S. u. § 298 Ziff. 1.

27) Der Hauptschuldner hat den Gläubiger zum Erlaß der Bürgschaftsschuld zu bewegen. Das Mittel ist gleichgültig. Auch hier folgt aus dem Regreß eine Beendigung des Bürgschaftsverhältnisses.

28) Möglicherweise auch durch Beschaffung anderweitiger Sicherheit für den Gläubiger.

29) Nach §§ 232 ff. BGB. Hier führt das Verlangen nicht zu einer Endigung der Bürgschaft.

30) Entsprechend oben I bei Note 4 ff.

31) Vgl. §§ 662 ff., 675, 683, 684 Satz 2 BGB.

32) Abgesehen von besonderen Abmachungen der Parteien.

Hauptverbindlichkeit in Verzug[33]), — oder der Bürge auf Erfüllung der Hauptschuld vollstreckbar verurtheilt ist[34]). § 775 Ziff. 1, 3, 4.

b) Oder daß die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner in Folge einer nach Uebernahme der Bürgschaft eingetretenen Veränderung des Wohnsitzes, Gewerbssitzes oder Aufenthaltsorts desselben wesentlich erschwert ist[35]). § 775 Ziff. 2.

§ 298.

4. Endigung der Bürgschaft.

Die Verpflichtung des Bürgen erlischt — abgesehen von den allgemeinen Endigungsgründen aller Verbindlichkeiten[1]) — nach folgenden bürgschaftlichen Grundsätzen.

1. Durch Erlöschen der Hauptschuld, zu deren Sicherheit die Bürgschaft besteht. Dies folgt aus dem accessorischen Charakter[2]). Gleichgültig ist, aus welchem Grunde die Hauptschuld erlischt, insbesondere ob eine Befriedigung des Gläubigers damit verbunden ist[3]). Nur darf im letzteren Fall[4]) der Bürge das Erlöschen der Hauptschuld nicht selbst durch einen von ihm zu vertretenden Umstand herbeigeführt, z. B. die zu liefernde Sache vorsätzlich oder fahrlässig zerstört haben. Denn dann ist er zu Schadensersatz verpflichtet. — nicht blos deliktisch (§§ 823 ff. BGB.), sondern nach Treu und Glauben aus dem Bürgschaftsvertrage[5]), der dahin geht, für die Erfüllung der Hauptschuld einzustehen, also sie nicht selbst zu vereiteln. Der von dem Bürgen zu leistende Schadensersatz (§ 249 BGB.) besteht diesenfalls gerade in Erhaltung der bürgschaftlichen Haftung[6]). Somit bleibt der

---

33) Ohne Rücksicht auf nachgewiesene Vermögensverschlechterung.

34) S. o. Note 25 u. Cit. Auf die Vollstreckbarkeit des Urtheils wird mit Recht besonders Gewicht gelegt. Sie kann vor Rechtskraft des Urtheils vorhanden sein.

35) Dies trifft den Gläubiger wie den Bürgen, und wirkt in allen Fällen auf den Bürgen zurück. Wenn letzterer die Einrede der Vorausklage hatte, wird er sie (nach § 296 Note 75 ff.) regelmäßig dadurch verlieren. Hatte er sie aber auch nicht, so ist jedenfalls sein eigener späterer Zahlungsregreß erschwert.

1) S. Allgemeines Schuldrecht, IV. Kapital. Auch der Bürgschaftsvertrag kann besondere Endigungsgründe vorsehen. Ueber den Fall, daß die Bürgschaft auf Kündigung übernommen ist, s. Entsch. d. ROHG. Bd. 19 S. 110 u. Cit.

2) Vgl. hierzu §§ 765, 767 BGB.

3) Also z. B. auch aus einem Grunde, der bei gewöhnlichen Gesammtschulden den Mitschuldner nicht entlasten würde (wie Unmöglichkeit der Leistung in der Person des Hauptschuldners).

4) D. h. wenn die Hauptschuld ohne Befriedigung des Gläubigers erloschen ist.

5) S. über einen ähnlichen Fall schon oben § 296 bei Note 38.

6) Ebenso Dernburg § 290 Ziff. I, Oertmann § 767 Note 2a, Planck § 765 Note 4b.

Bürge auf Erfüllung, und wenn sie auch für ihn unmöglich geworden ist, auf Gelderſatz verpflichtet. Ingleichen kann der Gläubiger die Pfänder und Nachbürgen angreifen, die zur Sicherung der Bürgſchaftsſchuld beſtellt ſind[7]).

Selbſtredend muß das Erlöſchen der Hauptſchuld ein definitives ſein, um die Bürgſchaft zu beendigen. Iſt es nur bedingt, ſo lebt mit Ablauf des Schwebezuſtandes die Bürgſchaft wieder auf[8]).

2. Wenn ſich Haupt- und Bürgſchaftsſchuld in einer Perſon vereinigen, z. B. weil der Gläubiger den Bürgen oder der Bürge den Hauptſchuldner beerbt und umgekehrt, ſo erliſcht die Bürgſchaftsſchuld ſoweit ſie durch die Hauptſchuld gedeckt wird[9]). Dagegen erhält ſie ſich, ſoweit ſie wirkſamer iſt als die Hauptſchuld, z. B. weil ſie durch Pfand oder Nachbürgen geſichert iſt oder die Hauptſchuld der ſelbſtändigen Einforderbarkeit entbehrt[10]). Beruht die Vereinigung auf Subrogation (§ 774 BGB.), ſo ſahen wir, daß dem Schuldner ſeine Regreßeinwände aus dem der Bürgſchaft zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß auch gegen die actio cessa erhalten bleiben[11]).

3. Einer verſchiedenen Beurtheilung im Lauf der Zeiten unterlag der Fall, wenn der Gläubiger ſeine Forderung wider den Hauptſchuldner gar nicht beitreibt oder die mit derſelben verbundenen Vor- oder Nebenrechte aufgibt[12]). Beide Punkte ſind für den Bürgen von höchſtem Intereſſe, weil ſie die Einrede der Vorausklage[13]) und den Regreß[14]) berühren (dieſe Rechtsbehelfe entwerthen

---

7) Vor Allem mit Rückſicht auf dieſe iſt der Deliktsanſpruch nicht genügend.

8) So vor Allem beim Erlöſchen der Hauptſchuld durch Vereinigung. S. o. § 196 Ziff. I beſ. bei Note 3 ff. Oder bei ſonſtigem bedingtem Erlöſchen. — Dagegen gehört nicht hierher, wenn der Hauptſchuld nur eine Einrede entgegenſteht (z. B. die Einrede der Verjährung oder der Hinterlegung im Falle des § 379 BGB.). Ueber dieſe Fälle ſ. o. § 296 Ziff. 2 b.

9) Dieſer Satz folgt ohne beſonderen Geſetzesausſpruch aus der Natur der Sache.

10) S. o. § 295 Ziff. 2. — Auch in einzelnen Beziehungen kann, wie wir daſelbſt ſahen, die Bürgſchaftsſchuld wirkſamer ſein als die Hauptſchuld. Dann kann der Gläubiger beide Anſprüche verfolgen (ſ. Bd. I § 121 Ziff. 3).

11) S. o. § 297 Note 22.

12) Nach röm. Recht genoß der Bürge gegen die in Rede ſtehenden Vorkommniſſe keinen direkten Schutz. Anders ſeit dem Mittelalter, in Verbindung mit der Weiterentwickelung des beneficium cedendarum actionum (im gemeinen Recht und in den Partikularrechten). Hier lehrte man für dieſen Fall die Befreiung des Bürgen (vgl. Girtanner S. 211 ff., 248 ff., 468 ff.; Haſenbalg S. 536) oder nahm ſie geſetzlich an. So Preuß. A.LR. I Tit. 14 §§ 328 ff. (bei grober Fahrläſſigkeit), Art. 2037 Code Nap., § 1466 Sächſ. GB.

13) Wenn inzwiſchen eine Verſchlechterung in den Vermögensverhältniſſen des Hauptſchuldners eintritt. S. § 773 BGB.

14) Gegen den Hauptſchuldner, und hauptſächlich gegen die betreffenden

oder ausschließen). Dennoch stellt unser Gesetz die beiden Punkte nicht gleich.

a) Bloße Nichtbeitreibung der Hauptforderung gibt dem Bürgen mangels besonderer Verabredung[15]) keine Rechte[16]); mag auch Indolenz des Gläubigers vorliegen, oder geradezu dem Hauptschuldner Stundung gewährt sein. Von Verschulden des Gläubigers ist nicht zu reden, wo er auf Grund des Vertrags nur Rechte hat[17]) und das Gesetz ihm keine Schranke zieht[18]). Ein Verschulden des Gläubigers im Rechssinne beginnt erst, wenn er mit allgemeinen Rechtsregeln in Konflikt tritt, so wenn er vorsätzlich, um dem Bürgen zu schaden, die Erfüllung der Hauptschuld nicht annimmt oder deren Beitreibung unterläßt (§ 826 BGB.), und wohl auch dann, wenn er gegen Treu und Glauben und die Verkehrssitte die ihm von anderer Seite gebotene Zahlung zurückweist[19]). Hieraus kann der Bürge für sich Entlastung ableiten[20]).

b) Anderseits wird der Bürge frei, wenn der Gläubiger nach Abschluß der Bürgschaft ein mit der Hauptforderung verbundenes Vorzugsrecht, eine Hypothek, ein Mobiliarpfandrecht oder seine Rechte gegen einen Mitbürgen aufgibt[21]), und zwar soweit als der Bürge[22])

---

vom Gläubiger aufgegebenen Sicherheiten der Forderung (Pfänder, Mitbürgen 2c.) auf Grund der Subrogation. §§ 774, 426 BGB.

15) Diese ist natürlich jederzeit zulässig und beim Stande des Gesetzes unter Umständen geraten. — Die einfachste Art der Beredung ist, die Bürgschaft auf gewisse Zeit zu beschränken. S. darüber unten Ziff. 4.

16) Insbesondere nicht das Recht auf Befreiung von der Bürgschaft.

17) Die Bürgschaft als solche verpflichtet ihn nicht. Es gelten entsprechend die Ausführungen oben § 163 Ziff. I.

18) Insbesondere ist ihm die Stundung nicht verboten. Auf § 767 Abs. 1 i. f. kann man sich nicht (mit Oertmann § 776 Note 2) berufen. Die Stundung erweitert rechtlich die Verpflichtung des Bürgen nur dann, wenn dessen Haftung auf Zeit beschränkt ist. Dann aber s. ohnehin unten Ziff. 4.

19) Alles kommt hier auf die Umstände an. Es muß ein ungewöhnliches Verhalten vorliegen. Dies ist auch leicht erweislich, und die von den Motiven Bd. 2 S. 679 befürchteten Schwierigkeiten, um deretwillen man die allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers ausschloß, treten nicht ein. Anderseits folgt der Schlußsatz des Textes aus dem Prinzip der exceptio doli, wie es in Bd. I § 36 zu Note 13 ff. entwickelt ist. Dagegen können die Planck'schen Ausführungen (§ 776 Note 1), daß § 242 BGB. „nicht passe", nicht aufkommen. Das Prinzip von Treu und Glauben führt weiter. Ebenso Dernburg § 290 Ziff. III.

20) Im Wege des Schadensersatzes (§ 826) oder der allgemeinen Dolus-einrede. — Abgesehen davon kann der Bürge sich nur dadurch helfen, daß er den Gläubiger befriedigt und auf Grund des § 774 BGB. selbst gegen den Hauptschuldner vorgeht.

21) Der Grund der Aufgabe ist gleichgültig. In dieser Hinsicht hat der Gläubiger schlechthin für seine Handlung einzustehen.

22) Im Regreßweg: mit der actio cessa. S. § 774 BGB. u. oben § 297 I Ziff. 2.

aus dem aufgegebenen Recht hätte Ersatz erlangen können[23]). Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach Uebernahme der Bürgschaft entstanden ist. § 776 BGB.[24]).

4. Hatte der Bürge sich nur auf bestimmte Zeit verbürgt[25]), so wird er mit Ablauf dieser Zeit nach folgenden Grundsätzen frei.

a) Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zu, so muß der Gläubiger unverzüglich[26]) die Einziehung der fälligen[27]) Forderung wider den Hauptschuldner betreiben[28]), das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzen und unverzüglich[29]) nach dessen Beendigung dem Bürgen anzeigen[30]), daß er ihn noch in Anspruch nehme. Die Verpflichtung des Bürgen beschränkt sich alsdann[31]) auf den Umfang der Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Beendigung jenes Verfahrens[32]).

b) Haftet der Bürge als Selbstschuldner, so wird er nach Ablauf der Bürgschaftszeit frei, wenn nicht der Hauptschuldner ihm unverzüglich anzeigt, daß er ihn aus der Bürgschaft in Anspruch nehme[33]). Die Haftung des Bürgen beschränkt sich auf den Umfang der Hauptschuld bei Ablauf der Bürgschaftszeit[34]). § 777.

---

23) Der Bürge braucht nur zu beweisen, welche Sicherheiten aufgegeben sind. Dem Gläubiger steht die Replik offen, daß die aufgegebenen Sicherheiten werthlos waren. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 349.

24) Da der Bürge nach § 776 befreit ist, kann er das in Unkenntniß der Verfügung des Gläubigers auf die Bürgschaft Geleistete auch als indebitum zurückfordern. §§ 812 ff. BGB.

25) Nicht zu verwechseln mit dem Falle, daß die Bürgschaft nur für gewisse innerhalb bestimmter Zeit entstehende Hauptverbindlichkeiten übernommen ist. Darauf ist § 777 BGB. nicht anwendbar. S. o. § 296 Note 2. Diese Bürgschaft ist, soweit sie zu Stande kommt, keine zeitlich beschränkte.

26) D. i. ohne schuldhaftes Zögern. Arg. § 121 BGB.

27) Ist sie noch nicht fällig, so bleiben die Rechte des Gläubigers bis dahin erhalten. S. die vorige Note.

28) Und zwar wenn es sich um eine Geldforderung handelt, in dem § 772 BGB. bezeichneten Wege. S. o. § 296 Note 66 ff. § 777 BGB. erwähnt einen anderen Fall nicht ausdrücklich. Man wird daraus nicht schließen dürfen, daß sich der Gläubiger bei anderen als Geldforderungen nicht ebenfalls die Haftung des Bürgen durch sofortige Ausklagung des Hauptschuldners erhalten könne.

29) S. o. Note 26.

30) Empfangsbedürftige Erklärung. Bewerkstelligung nach Maßgabe Bd. I § 88.

31) D. h. bei rechtzeitiger Anzeige. Andernfalls ist der Bürge frei. — Den Beweis der Rechtzeitigkeit hat der Gläubiger zu führen, und zwar hinsichtlich der sämmtlichen oben erwähnten Thatsachen. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 777 unmittelbar. Der Bürge wird „frei, wenn nicht . . .“

32) D. h. dieser Zeitpunkt ist der im Sinne von § 296 Ziff. 2 (bes. lit. d) maßgebende. Die Schuld kann bis dahin (z. B. durch Verzug des Hauptschuldners) angeschwollen sein. Anderseits geht ab, was der Gläubiger in dem erwähnten Verfahren beitrieb.

33) Rechtzeitigkeit, Form und Beweis wie bei lit. a.

34) Und zwar schlechthin. — Die Vorschrift ist aus dem Preuß. ALR. I Tit. 14 § 320 u. § 1967 Sächs. GB. entlehnt. Vgl. Prot. Bd. 2 S. 485.

§ 299.

B. Kreditauftrag*.

Das ältere Recht kannte außer der vorgeschilderten[1]) noch zwei andere Arten der Verbürgung: das Konstitut und den Kreditauftrag. Das erstere ist nicht mehr praktisch[2]), vielmehr in der Bürgschaft aufgegangen[3]). Dagegen ist der Kreditauftrag[4]) auch heute noch ein neben der Bürgschaft vorkommendes Rechtsverhältniß, weil es einen großen Unterschied ausmacht, ob man einfach für Schulden Dritter gutsagt oder geradezu deren Begründung hervorruft.

Der Kreditauftrag ist eben ein Auftrag zu kreditiren, also Jemanden zum Schuldner anzunehmen oder die Schuld desselben weiter stehen zu lassen; wobei sich von selbst versteht, daß der Auftraggeber für die etwaigen nachtheiligen Folgen seines Ersuchens einzustehen hat[5]). Durch diese Einstehungspflicht nähert sich das Geschäft der Bürgschaft; ja es wäre nicht zweckmäßig, die Pflicht hier anders zu behandeln als dort[6]). Aber das Einstehen ist erst das zweite Stadium der Sache, man kann sagen die Folge des Krediterſuchens. Das Ersuchen selbst untersteht eigenen Rechtsregeln[7]).

Im Einzelnen ergibt sich:

1. Der Kreditauftrag (obschon er das eventuelle Einstehen des Auftraggebers für die vom Kreditgeber zu laufende Gefahr in sich schließt) bedarf nicht der Schriftform[8]). Die gegen leichtsinniges Gutsprechen

---

*) Rothenberg im Archiv f. civ. Praxis Bd. 77 S. 323; Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft (1891); Unger in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 33 S. 302, 325 ff.; Bendix im Archiv f. bürg. Recht Bd. 20 S. 155 u. die Citate zu § 295.

1) Der sog. fidejussio des römisch-gemeinen Rechts. S. o. § 295 Note 6.

2) Das sog. constitutum debiti alieni als besondere Bürgschaftsform hing mit dem röm. Stipulationsformalismus (bei der fidejussio) zusammen, und verlor mit dessen Wegfall in Deutschland die Existenzberechtigung. Im ehemaligen gemeinen Recht manchmal noch antiquarisch herbeigezogen, richtete es praktisch nur Unheil an. Vgl. auch Geib a. a. O. S. 183. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 186.

3) Das Versprechen, zahlen zu wollen, was ein Anderer schuldet, wenn dieser nicht selbst zahlt, ist = Einstehen für dessen Schuld. S. o. § 295 Note 33. Die §§ 765 ff. BGB. sind anwendbar.

4) Mandatum qualificatum. S. z. B. l. 6 § 4, l. 12 § 14 Dig. mandati 17, 1.

5) Der Auftraggeber haftet dem Beauftragten mit der actio mandati contraria (vgl. § 670 BGB.) für Ausfälle, die dieser in Folge der Ausführung des Auftrags erleidet.

6) Z. B. etwa nach Auftrags- und nicht nach Bürgschaftsgrundsätzen! Davon ist keine Rede.

7) Und zwar wesentlich den Auftragsgrundsätzen.

8) Wie das Bürgschaftsversprechen. S. § 766 BGB. u. oben § 295 Ziff. 3.

gerichtete Form ist unnöthig, wo der Garant selbst zur Begründung oder Fortsetzung der Hauptschuld auffordert.

2. Der Kreditauftrag kann[9]) gegen Vergütung[10]), aber auch ohne eine solche ertheilt werden. Regelmäßig wird die Vergütung erst fällig, wenn der erbetene Kredit wirklich gewährt wird. Die Beziehung des Auftraggebers zum Kreditnehmer bildet auch die Hauptgrundlage des Regresses[11]). Regelmäßig ist der Kreditauftrag entweder auf Ersuchen des Kreditnehmers ertheilt[12]), oder ohne dies auf eigenes Eingreifen des Auftraggebers[13]).

Selbstredend handelt es sich nur um Fälle, da der Auftraggeber den Kreditgeber in eignem Namen um Gewährung des Kredits ersucht[14]). Würde das Ersuchen im Namen des Kreditnehmers gestellt, so wäre der Ersuchende überhaupt nicht Partei, sondern nur Stellvertreter des Kreditnehmers[15]), und ein bürgschaftliches Verhältniß tritt nicht ein[16]).

3. Die Rechtsstellung der Betheiligten aus dem Kreditauftrag ist folgende:

a) Das bloße Krediterſuchen, vor der Gewährung des Kredits durch den Ersuchten, hat den Charakter eines Auftrags. Es kann demgemäß schriftlich oder mündlich erfolgen[17]) und verpflichtet den Ersuchten zur Gewährung des Kredits an die bezeichnete Person, wenn der Ersuchte den Auftrag angenommen hat[18]). Anderseits kann der Auftraggeber vor der Ausführung den Auftrag jederzeit widerrufen, wie auch der Beauftragte ihn jederzeit kündigen d. h. die Ausführung ablehnen kann[19]).

---

9) Wie die Bürgschaft. S. o. § 295 Ziff. 5.

10) Von Seiten des Kreditnehmers.

11) Des Auftraggebers gegenüber dem Kreditempfänger. Vgl. o. § 297.

12) Auftrag im Sinne von § 295 Note 52. Man beachte: Es liegt Kreditauftrag auf Grund Auftrags (§§ 662 ff., 675 BGB.) vor. Trotzdem bleibt es dabei, daß der Garant dem Gläubiger gegenüber den Anstoß zu dem Geschäfte gegeben hat (s. o.).

13) Kreditauftrag als nützliche Geschäftsführung. S. noch unten Ziff. 3 i. f.

14) § 778 BGB. Dort ist auch von dem Ersuchen „auf eigene Rechnung" die Rede. Dies heißt, daß er eben Garant sein will.

15) S. o. Bd. I § 105 Note 1. Für den Fall der Ueberschreitung der Vertretungsmacht eod. § 106. — In keinem Falle liegt Bürgschaft vor.

16) Ist er Vertreter eines Dritten, so kommt das bürgschaftliche Verhältniß zwischen diesem und dem Kreditgeber und Kreditnehmer zu Stande.

17) Z. B. in Form eines sog. Kreditbriefes. — Im Uebrigen ist die Ausdrucksweise auch hier gleichgültig. „Kreditiren Sie auf meine Gefahr, auf meine Rechnung, auf meine Kosten" u. dgl. — S. noch oben Note 8.

18) § 662 BGB.

19) Eventuell unter Schadensersatz wegen unzeitiger Kündigung; es sei denn, daß ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher ist insbesondere nachträg-

Bei den Regeln des Auftrags bleibt es auch, wenn ein gültiges Kreditverhältniß deshalb nicht zu Stande kommt, weil das geschlossene Geschäft[20]) nichtig oder anfechtbar und angefochten ist[21]). Hier haftet der Auftraggeber dem Beauftragten nach den Grundsätzen des § 670 BGB.[22]).

b) Ist das Kreditverhältniß zwischen dem Beauftragten und dem Dritten dagegen gültig zu Stande gekommen, so haftet der Auftraggeber daraus für den Dritten als Bürge[23]). § 778 BGB. Demgemäß beurtheilt sich auch der Rückgriff nach Bürgschaftsrecht[24]). Von Bedeutung ist dies hauptsächlich für die Frage nach dem Uebergang der Rechte des Gläubigers aus dem Kreditverhältniß. Befriedigt der Auftraggeber den Gläubiger, so gehen diese Rechte auch hier auf den Garanten über[25]). Was den persönlichen Regreß anlangt, so muß das eigenmächtige Kreditersuchen[26]), nachdem der Dritte den Kredit angenommen hat, immer als nützliche, weil von dem Kreditempfänger genehmigte Geschäftsführung gelten[27]). Der Regreß ist also nicht auf die bloße Bereicherung des Kreditunternehmers beschränkt[28]).

§ 300.

C. Garantieverträge*.

Durchaus verschieden von Bürgschaft und Kreditauftrag ist das Einstehen für fremde Schulden bei Garantieverträgen. Dies ist kein Einstehen dem Gläubiger, sondern nur dem Schuldner gegen-

---

liches Bekanntwerden der Kreditunwürdigkeit der betreffenden Person. § 671 BGB., sowie auch die §§ 672 ff. wegen Todes ꝛc. des Auftraggebers oder des Beauftragten finden Anwendung.

20) Z. B. das Darlehen, die Stundung u. s. w.

21) Z. B. wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit des Kreditempfängers. — Von einer bürgschaftlichen Haftung des Auftraggebers kann mangels Zustandekommens einer gültigen Hauptschuld nicht die Rede sein.

22) Also auf seine Auslagen, Kosten ꝛc., und bei Verschulden des Auftraggebers auch auf Schadensersatz. Vgl. Unger a. a. O. S. 305.

23) Selbstverständlich im Rahmen seines Auftrags (wie auch sonst ein Bürge im Rahmen der Verbürgung). Und je nachdem mit oder ohne die Einrede der Vorausklage ꝛc. S. o. §§ 296, 298.

24) Scil. dem der Bürgschaft zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß (s. o. Note 11). In dieser Hinsicht besteht kaum ein Problem. S. übrigens noch unten zu Noten 26—28.

25) Dies folgt, wenn nicht aus dem Wortlaut des § 778, so doch aus dem allgemeinen Prinzip der Subrogation, wie es in § 201 entwickelt ist. Zustimmend Dernburg § 291 Ziff. II i. f. A. M. Cosack § 159 Ziff. 1.

26) S. o. bei Note 13.

27) Arg. § 684 i. f. BGB.

28) Wie im Falle § 297 Noten 7—8.

über. Der Gläubiger der garantirten Verhältnisse erwirbt aus dem Vertrag gar keine Rechte[1]).

Vielmehr verpflichtet sich im Garantievertrag einfach der Garant dem anderen Kontrahenten, einen Ausfall zu decken, den dieser aus einer bestimmten Unternehmung erleidet; sei es ganz oder bis zu einem gewissen Höchstbetrage. Der Garant nimmt das Risiko der Unternehmung auf sich, und er thut dies, weil er regelmäßig ein besonderes Interesse hat, die geplante Unternehmung zu fördern[2]). Daher kommt es, daß für die Garantie meist keine Gegenleistung versprochen wird[3]) und daß dennoch die Garantiezeichnung keine Schenkung darstellt. Ebensowenig enthält der Garantievertrag einen Auftrag zu der geplanten Unternehmung. Es wird also weder der Garantieempfänger durch Eingehen auf den Vertrag zur Ausführung des Unternehmens verpflichtet[4]), noch hat er, wenn das Unternehmen gelingt und ihm statt der befürchteten Verluste einen Ueberschuß einbringt, diesen an den Garanten abzuliefern[5]). Der Garant will nur den etwaigen Ausfall übernehmen, aber keine unmittelbaren Vortheile aus dem Vertrage ziehen.

Aus alledem ergibt sich, daß der Garantievertrag ein besonderer Vertrag ist, enthaltend ein für die genannten Eventualitäten[6]) gegebenes selbständiges Schuldendeckungsversprechen des Garanten an den Schuldner[7]), und im Uebrigen näher bestimmt nach der Parteiabrede. Das Gesetz regelt den Vertrag nicht besonders. Es genügen

---

*) Vgl. Stammler im Archiv f. civ. Praxis Bd. 69 S. 1; Unger, Handeln auf fremde Gefahr in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 33 S. 299 und die Citate zu § 295.

1) Es braucht überhaupt noch gar kein Gläubiger vorhanden, — die garantirte Unternehmung braucht noch gar nicht rechtlich in's Leben getreten zu sein. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 114.

2) Nicht blos ein rechtliches Interesse oder gar ein Geldinteresse. Sehr oft sind es soziale oder allgemein menschliche bezw. ideelle Interessen, welche zur sog. „Garantiezeichnung" für ein gewisses Unternehmen bestimmen. Z. B. es wird Garantie für einen Bahnbau, eine Kunstausstellung, für die Niederlassung eines Arztes oder Rechtsanwalts auf dem Lande übernommen.

3) Dadurch unterscheidet sich der Garantievertrag wesentlich von der Versicherung. S. o. §§ 291 ff.

4) Eine gegentheilige Verabredung ist möglich, verändert aber den Charakter der Uebereinkunft.

5) § 667 BGB. ist nicht anwendbar.

6) Einschließlich der Schulden, die erst gemacht werden sollen, wenn es im wirthschaftlichen Charakter der Unternehmung liegt, daß sie gemacht werden müssen. Z. B. die Bestände, das Inventar ꝛc. ist nach der Zerstörung oder Abnutzung immer wieder zu ergänzen.

7) Kein accessorisches Versprechen! — Garantien im Anschluß an andere Verträge, z. B. der garantirte Mindestlohn eines Arbeiters im Arbeitsvertrage ꝛc. gehören nicht hierher, sondern bilden nur Annexe des Hauptvertrages.

die allgemeinen Vorschriften über Verträge[8]) und Schuldverbindlichkeiten.

1. Der Garantievertrag bedarf keiner besonderen Form, insbesondere nicht der Schriftform des § 766 BGB. Dies folgt schon daraus, daß der Vertrag nicht zwischen dem Garanten und dem Gläubiger, sondern mit dem subventionirten Unternehmer abgeschlossen wird. Ebensowenig bedarf er der Schenkungsform[9]).

2. Wieweit die Garantie reicht, ist eine Frage der Auslegung im Einzelfalle. Ist einfach „Garantie" übernommen, so erstreckt sie sich auf den gesammten Ausfall des Unternehmens, also einschließlich der Kosten, soweit die vom Unternehmer für den bestimmten Zweck zusammengebrachten, eventuell seine sämmtlichen Mittel versagen.

Die Erfüllung des Garanten hat regelmäßig so zu geschehen, daß er, soweit die betreffenden Mittel fehlen[10]), die Gläubiger des Garantieempfängers befriedigt[11]). Letzterem die Befriedigung selbst zu überlassen und ihm dafür die Mittel vorzustrecken, wird sich nur dann empfehlen, wenn es ohne Gefahr geschehen kann, z. B. bei vereinbarter Bildung eines Garantiefonds.

3. Aus dem Prinzip von Treu und Glauben folgt, daß der Garant nicht verpflichtet ist, wenn das Fehlschlagen des Unternehmens durch Verschulden des Garantieempfängers herbeigeführt ist[12]). Zufällige Ereignisse aller Art sind zu Lasten des Garanten.

V. Vergleich*.

§ 301.

A. Begriff, Arten, Abschluß.

Der Vergleich ist ein Vertrag, durch welchen die Parteien einen zwischen ihnen bestehenden Streit oder die Ungewißheit über ein

8) Insbesondere Bd. I §§ 80ff., Bd. II §§ 166ff.

9) Da er (s. o.) keine Schenkung darstellt.

10) Was ihm durch Rechnungslegung ꝛc. nachzuweisen ist.

11) Den Gläubigern gegenüber handelt es sich hier um Erfüllung durch einen Dritten (im Sinne § 154 oben). Der Garant ist den Gläubigern nicht selbst verpflichtet, es sei denn daß die Garantie mit einem Vertrag zu Gunsten Dritter verbunden ist (s. o. § 180).

12 Doch ist regelmäßig auf den Gesammtausfall zu sehen, — nicht jedes vom Unternehmer vorgenommene Einzelgeschäft auf die Verschuldungsfrage hin zu untersuchen.

*) Risch, Die Lehre v. Vergleich (1855); Sturm, Die Lehre v. Vergleiche nach gem. u. preuß. Recht (1889); Oertmann, Der Vergleich im gem. Civilrecht (1895). Dernburg §§ 202ff.; Endemann I § 193; Cosack § 160; Mathiaß I § 132; Enneccerus I §§ 328ff.

Rechtsverhältniß resp. die Verwirklichung eines Anspruchs im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigen. § 779 BGB.

Diese Definition gibt das Gesetz. Sie sagt uns, welche Situation es ist, die den Vergleich charakterisirt. Zweck des Vertrages ist Beseitigung dieser Situation; wogegen das Mittel zur Beseitigung nur ganz allgemein angegeben wird: es soll in „gegenseitigem Nachgeben" bestehen.

1. Der Vergleich ist Sicherungsvertrag. Er wird geschlossen, um Streit oder Ungewißheit über ein Rechtsverhältniß auszuschließen; mag die Ungewißheit den Inhalt oder Umfang des Rechts, die sich aus demselben ergebenden Ansprüche oder die Möglichkeit ihrer wirksamen Ausübung[1]) wegen rechtlicher[2]) oder selbst thatsächlicher[3]) Hindernisse betreffen.

a) Nicht also ist es im Rechtssinne ein Vergleich, wenn die von den Parteien geordneten Rechtsangelegenheiten nicht einmal hinsichtlich ihrer Verwirklichung unsicher waren; z. B. wenn die Parteien einen Vertrag wiederaufheben oder ändern[4]), oder wenn sie an Stelle eines ihnen nicht gefallenden Urtheils oder Schiedsspruchs eine andere Regelung setzen. Dies fällt unter den Begriff der Schuldumwandelung, der Anerkennung als Verpflichtungsgrund, des Verzichts oder Erlasses ꝛc.[5]).

b) Anderseits ist nicht erforderlich, daß über die verglichenen Rechtsverhältnisse objektive (in der Sachlage selbst begründete) Ungewißheit bestand[6]). Die Ungewißheit darf eine blos subjektive der Parteien sein[7]). Daher ist ein Vergleich möglich über Rechtsverhältnisse und Ansprüche, hinsichtlich deren alte Rechtsurkunden oder Urtheile

---

1) S. o. Bd. I §§ 121 ff.

2) Z. B. wegen des Vorhandenseins von Einreden des Gegners.

3) Also selbst solcher, welche die Rechtsordnung nicht hinwegräumen kann (vgl. Bd. I § 122 zu Anfang), z. B. die drohende Vermögensinsuffizienz des Verpflichteten oder den drohenden Untergang des Leistungsgegenstandes. Der gewöhnlichste Fall ist die Verzögerung der Leistung durch den Schuldner.

4) S. über den sog. contrarius consensus oben § 181 Note 6 u. Cit.

5) S. hier §§ 187, 188, 195, 305 ff. Der Vertrag ist also keineswegs unzulässig (als contra rem judicatam gerichtet. Das Urtheil als solches wird nicht angetastet). So richtig Schwartz, Absolute Rechtskraft (1900) S. 17 ff. A. M. Bülow im Archiv f. civ. Praxis Bd. 83 S. 83 ff; Oertmann, Vergleich S. 207. Doch erklärt Oertmann im Komm. vor § 779 Note 7a wenigstens die vergleichsweise Regelung der Erfüllung eines Urtheils als zulässig.

6) Eine objektive Ungewißheit besteht auch bei bedingten Rechten und insbesondere bei Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen, bei denen der künftige Wegfall gewiß, die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist. Man kann sich deshalb z. B. über eine an sich ganz unbestrittene Leibrente vergleichen.

7) Wobei jedoch ein ernstliches Bestreiten (Bd. I § 93) oder eine wirkliche Renitenz des Gegners vorauszusetzen ist (z. B. indem er nicht leistet).

bestehen, die den Streit ausschließen würden, aber den Parteien beim Vertragsschluß nicht bekannt sind[8]). Ja man kann sich über angebliche Unklarheiten in derartigen Urkunden oder Rechtssprüchen, wenn sie vorliegen, vergleichen, selbst wenn eine sachverständige Prüfung die Zweifel ausschließen würde[9]). Und schließlich kann die Unklarheit über das Recht ganz fehlen, wenn nur unsicher ist, daß effektiv der Anspruch des Gläubigers seinem Titel gemäß verwirklicht werden wird[10]).

2. Der Vergleich soll den Streit oder die Ungewißheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigen. Wie dies im Einzelnen erreicht wird, ist gleichgültig. Der Zweck ist es, der dem Geschäfte seinen Stempel aufdrückt — die beschlossene Rechtsänderung zum Vergleiche macht. Der Zweck kann durch die verschiedensten Zuwendungen (Begründung von Schuldverhältnissen und Verfügungen aller Art) verwirklicht werden. Man kann zur Streitausschließung dem Gegner etwas versprechen, ihm eine Sache geben, oder Rechte aufgeben, an ihnen etwas nachlassen u. s. w. In letzteren Fällen entsteht zwar aus dem Vergleich kein Schuldverhältniß[11]), aber dennoch gehört der Vergleich dem Schuldrecht an[12]). Er ist der schuldrechtliche Rechtfertigungsgrund aller dieser Vermögensleistungen, die, wenn er nicht vorhanden wäre, regelmäßig[13]) als ungerechtfertigte Bereicherung des Empfängers müßten zurückgefordert werden können[14]).

Weil der Vergleich durch den Geschäftszweck charakterisirt wird, ist es nicht blos gleichgültig, welche Leistung nachgebens- und streitaus-

8) Sofern nicht (positiv) die Nichtexistenz eines solchen Akts oder Urtheils beim Vertrage als feststehend zu Grunde gelegt wurde. S. u. § 302 i. f. Aber woran die Parteien gar nicht dachten, das haben sie auch nicht als feststehend zu Grunde gelegt.

9) Auch hieraus ergibt sich nach § 779 BGB. regelmäßig kein Anfechtungspunkt des Vergleichs. Denn der als feststehend zu Grunde gelegte Sachverhalt ist der Tenor des Urtheils oder jener Urkunde. Die Parteien haben sich über den Sinn oder über die Folgen verglichen. — Auch hier ist der Vertrag keineswegs als contra rem judicatam gerichtet unzulässig. Das Urtheil bleibt unberührt. Die ehemalige Streitfrage hierüber beruhte theils auf Mißverständnissen, theils ist sie durch § 779 BGB. entschieden.

10) Weil man z. B. nicht weiß, ob die demnächstige Realisirung des Rechts möglich sein wird. — Man kann sich vergleichen, um sofort etwas zu erhalten, während man sonst den umständlichen Weg Rechtens beschreiten müßte.

11) Noch weniger läßt sich der Fall so auffassen, daß zunächst in dem Vergleich eine Obligation begründet und letztere alsdann durch gleichzeitige Leistung des Geschuldeten erfüllt werde (so noch Motive Bd. 2 S. 650).

12) So gut wie der Realkauf und die sog. Handgeschenke. S. o. §§ 211 Ziff. 2, 230 Ziff. 1.

13) Sofern keine Schenkung (als anderweitiger Rechtfertigungsgrund: siehe § 230 Note 13 ff.) u. dgl. vorliegt.

14) S. u. §§ 317 ff. Der Vergleich gehört also zu den Schuldverträgen, nicht minder als Kauf und Schenkung. S. auch Prot. Bd. 2 S. 525.

schließungshalber gemacht oder versprochen wird, sondern auch, welcher Art das Rechtsverhältniß oder die Ansprüche sind, über die man sich vergleicht. Letztere können dem Schuldrecht, Sachenrecht, Familien- oder Erbrecht angehören[15]), wenn sie nur unter den Parteien streitig oder ungewiß sind.

3. Der Vergleich enthält eine Verfügung über die verglichenen Rechtsverhältnisse und Ansprüche. Ein Vergleich ist daher unzulässig

a) über solche Rechtsverhältnisse und Ansprüche, welche der freien Verfügung der Parteien entrückt sind, z. B. über die persönlichen Rechte und Pflichten aus der Ehe, dem Eltern- und Kindesverhältniß, über die Unterhaltsansprüche aus der Verwandtschaft 2c.[16]), über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten[17]), über Standessachen[18]) u. dgl. Selbstverständlich sind auch alle Vergleiche unstatthaft, deren Inhalt gegen die guten Sitten verstößt[19]), sei es daß die Verfügung über das verglichene Rechtsgut unsittlich erscheint[20]), oder daß in dem Vertrage Leistungen übernommen werden, die den Anforderungen der guten Sitte widersprechen[21]). Die in Rede stehenden Vergleiche sind nichtig.

15) Z. B. man vergleicht sich über eine Forderung, das Eigenthum an einer Sache, eine Dienstbarkeit, ein Pfandrecht; über Ansprüche, die aus Gründen des ehelichen Güterrechts von den Gläubigern der Frau wider den Mann oder das eheliche Gesammtgut erhoben werden; oder über das Erbrecht an einem Nachlaß oder ein Vermächtniß. S. übrigens noch u. Note 29.

16) Vgl. besonders §§ 1360 Abs. 3, 1614, 1714 BGB. Die älteren Spezialbestimmungen (z. B. über den Alimentenvergleich) sind beseitigt. Es kommt heute einzig darauf an, ob der Vergleich nach allgemeinen Grundsätzen — als Verfügung — unzulässig erscheint, insbesondere weil er gegen sog. zwingende Rechtsvorschriften verstößt. Darüber s. im Zusammenhang oben Bd. I § 79. Die Frage: wieweit sind Vergleiche gegen zwingendes Recht zulässig? ist fast identisch mit der Frage nach der Wirksamkeit von Schiedssprüchen gegen zwingendes Recht. Vgl. daselbst Note 21 u. § 131 bes. Ziff. 1.

17) Ueber den von § 312 BGB. zugelassenen Rahmen hinaus. — Ein Spezialverbot über Erbschaftsvergleiche vor der Testamentseröffnung existirt keinesfalls mehr.

18) Vgl. §§ 606 ff., 640 ff. CPO.

19) Vgl. o. Bd. I § 85 und die dort angegebenen Kriterien der Unsittlichkeit. Nichtig ist der Vergleich über ein noch zu begehendes Delikt.

20) Z. B. über die Folgen eines kriminellen Antragsdelikts, wenn in dem Vertrag eine Erpressung liegt u. dgl. Liegt ein derartiger Charakter des Geschäfts nicht vor, so ist der Vergleich über Antragsdelikte zulässig und gültig. Andererseits kann er die Stellung des Strafantrags innerhalb der gesetzlichen Frist nicht verhindern. Vgl. §§ 61 ff. StGB. Nur im Falle des § 420 StPO. ist der Strafantrag durch den Vergleich ausgeschlossen. Die nachträgliche Antragstellung ist aber dem gültigen Vergleich gegenüber Kontraktbruch und zieht dessen Folgen nach sich. Also das Recht auf Schadensersatz (Restitution: durch Rücknahme des Antrags, s. RG. in d. deutschen Juristenzeitung 1899 S. 133, oder Geldersatz); mindestens Rückforderung des für den Verzicht auf den Strafantrag Geleisteten nach den Regeln des Rücktritts vom Vertrage. S. auch Dernburg § 202 Note 8.

21) Z. B. als Vergleichsleistung soll ein Delikt begangen werden. Vgl.

Zu unterscheiden von dem unverzichtbaren Recht sind übrigens stets dessen vermögensrechtliche Folgen, über die man sich oft vergleichen kann, wenn auch das Recht selbst der Privatverfügung entrückt ist: so über die mit einer Standesfrage verbundenen Vermögensinteressen[22]), über die privaten Ersatzansprüche aus einer unerlaubten Handlung 2c.

b) Um sich über ein bestimmtes Privatrechtsverhältniß gültig vergleichen zu können, muß man persönlich die Befugniß haben, über den Gegenstand des Geschäftes zu verfügen[23]). Andernfalls ist der Vergleich unwirksam, sofern nicht der wahre Berechtigte dem Vergleiche zustimmt[24]).

Was Vertreter der Berechtigten angeht, so sind einfache Bevollmächtigte heutzutage zu Vergleichsschlüssen legimirt, wenn dies dem (eventuell durch Auslegung zu ermittelnden) Inhalt ihrer Vollmacht entspricht[25]). Für einzelne Fälle gibt das Gesetz besondere Vorschriften[26]). In gesetzlichen Vertretungsverhältnissen ist die Befugniß zu Vergleichsschlüssen verschieden geregelt — wegen der Wichtigkeit des Eingriffs vielfach an Zustimmung einer Aufsichtsinstanz gebunden[27]).

4. Der Vergleich fordert Erledigung des Streits 2c. durch gegenseitiges Nachgeben, also Konzessionen beider Parteien. Doch ist nicht zu verlangen, daß jede Partei nachweislich an ihren Rechten und Ansprüchen etwas aufgibt. Wäre deren Inhalt und Umfang so gewiß, so brauchte man sich meist nicht zu vergleichen. Vielmehr genügt es, wenn nur jede Partei der anderen im Allgemeinen ein Opfer bringt resp. ein Zugeständniß macht[28]), so durch theilweisen Verzicht auf das in Anspruch genommene Recht[29]), theilweise Befriedigung oder

schon l. 27 § 4 Dig. de pact. 2, 14. — Ebensowenig dürfen der Leistung sonstige gesetzliche Verbote entgegenstehen, z. B. die der §§ 310, 313 BGB.

22) Z. B. über den Erbschaftsanspruch als Folge des Kindesverhältnisses.

23) In diesem Sinne sagt man: transigere est alienare. — Daß die allgemeine Geschäftsfähigkeit vorliegen muß, ist selbstverständlich.

24) Es gelten die oben Bd. I § 84 entwickelten Grundsätze.

25) S. o. Bd. I § 104 I Ziff. 3 bes. zu Note 34.

26) So für Prokuristen (§ 49 HGB.), Handlungsbevollmächtigte und Handlungsagenten (§§ 54 ff., 86 ff. HGB.), sowie für Prozeßbevollmächtigte (§§ 81, 83 ff. CPO.).

27) So für Vormünder nach § 1822 Ziff. 12 BGB., für Konkursverwalter nach § 138 Ziff. 2 KO. und vielfach für die Vertreter öffentlicher Körperschaften und Anstalten.

28) Auch gegenüber deren Prätentionen. Vgl. Entsch. d. Berliner Kammergerichts in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 45 S. 363.

29) Hatte aber eine Partei offensichtlich gar kein Recht (z. B. nur ein formloses Schenkungsversprechen für sich), so kann sie auch nichts aufopfern. Es liegt kein Vergleich vor. — Daher können auch nichtige Rechtsgeschäfte sowenig wie durch selbständiges Schuldversprechen (§ 304 zu Note 19), mittelst eines nachträglich abgeschlossenen Vergleiches bekräftigt werden. Ebenso Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 418.

Anerkennung des Rechts des Anderen, oder durch irgend eine sonstige Leistung[30]). Würde nur von der einen, nicht von der anderen Seite ein Zugeständniß gemacht, so liegt kein Vergleich vor, sondern z. B. eine verschleierte Schenkung[31]), ein Verzicht oder ein Anerkenntniß[32]).

Hiernach ist der Vergleich ein entgeltlicher, also gegenseitiger Vertrag und untersteht dessen Regeln[33]).

5. Der Vergleichsabschluß als solcher bedarf keiner Form. Bei der Entgeltlichkeit ist dafür kein Bedürfniß[34]). Doch folgt daraus nicht die formlose Gültigkeit jedes konkreten Geschäfts, das einen Vergleich enthält. Hierfür kommt es auch auf den Inhalt der vergleichsweise übernommenen Leistungen an. So ist ein formloser Vergleich ungültig, in dem die Abtretung eines Grundstücks oder einer Vermögensquote versprochen wird. §§ 311, 313 BGB.[35]). Wird dagegen blos vergleichsweise das Versprechen einer Leistung gegeben oder ein Schuldanerkenntniß ertheilt, so ist dies formlos gültig, weil damit keine abstrakte Verbindlichkeit begründet worden ist[36]). § 782.

Auf der anderen Seite pflegen Vergleiche besonders häufig beurkundet zu werden[37]), oder es wird die Beurkundung als Formvorschrift ausgemacht[38]). Eine besondere Form der Beurkundung ist,

30) Z. B. auch die Gewährung der Befugniß zu Theilzahlungen, Stundung u. s. w. Auch Leistungen, die nicht einmal mittelbar mit dem ursprünglichen Rechtsverhältniß zusammenhängen, sondern sich als Abfindung für dieses oder einzelne daraus hervorgehende Ansprüche qualifiziren.

31) Deren Gültigkeit nach Inhalt und Form nach den ihr eigenen Grundsätzen zu beurtheilen ist. Vgl. o. Bd. I § 93 bei Note 12.

32) Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 42 ff. nimmt sogar an, daß es Vergleich sei, wenn der Prozeß durch Anerkenntniß oder Verzicht erledigt wird, sofern diese nicht einseitig erfolgen, sondern durch gemeinsames Einvernehmen beider Theile zum Vertrag erhoben werden. Denn das Bestehen des Prozesses bewies, daß die Verwirklichung des klägerischen Anspruchs (im Sinne von Ziff. 1 oben) unsicher war. A. M. RG. Entsch. Bd. 20 S. 414.

33) Die §§ 320 ff. BGB. (s. o. §§ 168 ff.) sind anwendbar.

34) S. o. § 166 Ziff. 2.

35) Etwas ganz anderes ist die Frage, wann das Eigenthum an den vergleichsweise versprochenen Sachen übergeht. Dies ist nicht vor der Uebergabe resp. Auflassung (§§ 925, 929 ff.) der Fall. Aber schon vorher ist der Vergleich als obligatorischer Vertrag gültig, und auf Grund seiner kann die Uebergabe resp. Auflassung verlangt werden.

36) Trotzdem auf die verglichenen Rechtsverhältnisse hier sowenig wie beim abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß (s. u. §§ 304 ff.) zurückgegangen werden darf. Das Verhältniß der Parteien soll auf eine neue Basis gestellt werden. Eine solche ist im vorliegenden Falle der Vergleich, und dieser ist nach der obigen Begriffsbestimmung eine vollkommen ausreichende materielle Basis (eine materielle causa promittendi).

37) Dies hängt mit dem Zweck des Vergleichs, der Beschaffung von Sicherheit zusammen.

38) Es gelten die Bestimmungen über gewillkürte Formen. S. o. Bd. I § 87 Ziff. 4.

daß eine Partei auf die zu ihren Gunsten festgesetzten Leistungen Klage erhebt, während die andere das Klagbegehren vor dem Prozeßgerichte anerkennt. Nach § 307 CPO. muß dann ein Urtheil erlassen werden[39]), dessen Inhalt nur noch durch die gewöhnlichen prozessualen Rechtsbehelfe in Frage gestellt werden kann[40]) und sofort zwangsweise vollstreckbar ist. § 708 Ziff. 1 CPO. Der dem Urtheil zu Grunde liegende Vergleich wird dadurch nicht seiner Wirkungen beraubt[41]), sondern gesichert. Daher ist eine Anfechtung des Urtheils nur aus Gründen möglich, aus denen der Vergleich auch nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts angegriffen werden kann[42]).

6. Etwas anderes sind Vergleiche, die nach Erhebung der Klage aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß zur Beilegung des Rechtsstreits[43]) vor Gericht abgeschlossen werden. Hier ist der Abschluß selbst Prozeßhandlung[44]), daher den allgemeinen Regeln der letzteren unterworfen[45]). Der Inhalt ist wie bei außergerichtlichen Vergleichen. Dies gilt für die Voraussetzungen: Vergleichbarkeit der betreffenden Rechte und Rechtsverhältnisse — wie für die Wirkungen: z. B. Anfechtbarkeit des Vergleichs[46]). Doch findet aus dem Prozeßvergleich (weil er den Rechtsstreit abschließt) die Zwangsvollstreckung wie aus einem rechtskräftigen Urtheil statt. § 794 Ziff. 1 CPO. Auch die Verjährung ist die gleiche wie bei anderen rechtskräftig festgestellten Ansprüchen. § 218 BGB. Aehnliches gilt für Vergleiche im

39) Sog. freiwilliges Urtheil. Zweck ist, das Vergleichsresultat mit Judikatswirkung auszustatten; ähnlich wie auch wohl zur Verschärfung von Verbindlichkeiten ein Wechsel gegeben wird.

40) Besonders wichtig für die Zeit nach eingetretener Rechtskraft ist § 580 Ziff. 4 CPO.

41) S. über diese Wirkungen unten § 302.

42) Z. B. aus den Gründen o. Ziff. 3, § 302 Ziff. 5 ꝛc. Doch wird die Verfügungsbefugniß der Partei, soweit sie auf öffentlichrechtlichen Gründen beruht, sowie die Vollmacht des Prozeßvertreters auch schon beim Erlaß des Anerkenntnißurtheils geprüft.

43) Des ganzen Streites oder eines Theils desselben. — Vgl. hierzu P. Kretschmar, Der Vergleich im Prozesse (1896); Wolf, Der Prozeßvergleich im Archiv f. civ. Praxis Bd. 88 S. 153; Paul im Sächs. Archiv f. bürg. Recht Erg. zu Bd. 8—9; Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 39 ff.

44) Prozessualisches Rechtsgeschäft, welches die Prozeßbeendigung bezweckt. Der Prozeß wird unmittelbar durch den Vergleich (bezw. soweit er reicht) aus der Welt geschafft.

45) Z. B. wer prozeßfähig ist, kann einen gültigen Prozeßvergleich abschließen. Die Prozeßvollmacht ermächtigt regelmäßig den Prozeßvertreter zum Abschluß eines solchen Vergleichs. Die Form des gerichtlichen Vergleichs richtet sich nach Prozeßrecht. Es bedarf nicht der Beobachtung weiterer civilistischer Formen. S. Entsch. d. RG. Bd. 48 S. 185 ff.

46) Aus den bekannten Gründen; besonders wegen Irrthums (unten § 302 Ziff. 5). Auf die prozessualische Gestaltung ist hier nicht einzugehen. S. Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 416, 419.

gerichtlichen Sühnetermin vor Anstellung der Klage (§§ 510, 794 Ziff. 2 CPO.) und partikularrechtlich für Vergleiche vor dem Schiedsmann[47]).

§ 302.

B. Wirkungen des Vergleichs.

1. Es ist eine alte Vorstellung, daß der Vergleich einem zwischen den Parteien gesprochenen Urtheil gleichstehe, da er, wie dieses, bestrittene Rechte zur Anerkennung bringe[1]). Diese Vorstellung verkennt über Außendingen das Wesentliche. Der Vergleich ist Disposition, nicht Deklaration[2]). Die Parteien stellen mittelst des Vergleichs nicht fest, was zwischen ihnen Rechtens war, sondern was zwischen ihnen Recht sein soll. Sie machen einander Zugeständnisse im Wege gegenseitigen Nachgebens (§ 779): die Leistungen, die sie in dem Vergleiche übernehmen, sind Zuwendungen, die auf dem Vergleich als ihrer causa beruhen[3]). Daher ist der Vergleich ein Erwerbstitel[4]) und begründet hinsichtlich der geleisteten Gegenstände einen Anspruch des Empfängers auf Gewährleistung (sowohl wegen Mängel im Recht als wegen physischer Mängel der geleisteten Sachen), ähnlich wie beim Verkaufe[5]). §§ 445, 493 BGB.

2. Anderseits wirkt ein Vergleich nur zwischen den Personen, welche ihn geschlossen haben. Dies ist aber nicht etwas, das er aus den Grundsätzen des Urtheils[6]), sondern der Verträge entnimmt. Daher erleidet der Satz auch Ausnahmen soweit sie im Vertragsrecht

---

47) Wegen der Schiedsmänner s. §§ 32, 34 Preuß. Schiedsmannsordnung v. 29. März 1879 sowie Preuß. AG.CPO. § 12.

1) Vgl. l. 20 Cod. de transact. 2, 4 und bes. die roman. Rechte (Code Nap. Art. 2052, Cod. civ. ital. A. 1772 u. a.); Oertmann, Vergleich S. 192; Dernburg § 203 Ziff. IV.

2) S. über den deklarativen Charakter des Urtheils oben Bd. I § 130 zu Note 2. — Eine Deklaration enthält der Vergleich nur insoweit, als ein früher bestehendes z. B. durch Bürgschaft oder Pfand gesichertes Rechtsverhältniß, soweit es durch den Vergleich in seinem alten Bestande (nicht darüber hinaus: s. u. bei Note 12) anerkannt wird, sein früheres Datum behält, nicht erst vom Vergleichsabschlusse datirt. Die alten Bürgschaften und Pfandrechte bleiben also bestehen.

3) S o. § 301 bes. Ziff. 2.

4) S. Bd. I § 71 Ziff. 10.

5) S. o. §§ 219 ff. — Davon könnte keine Rede sein, wenn der Vergleich nur konstatirte, daß die zu leistenden Gegenstände dem Empfänger derselben schon früher gehört hätten. — Anderseits versteht sich von selbst, daß im Vergleiche selbst auf die Gewährleistung (in den allgemeinen Schranken des pactum de dolo non praestando) verzichtet werden kann. So vor Allem, wenn man sich gerade über den Mangel vergleicht.

6) S. o. § 130 bes. zu Note 33 ff.

begründet sind[7]). So kann ein Vergleich Leistungen zu Gunsten dritter Personen bestimmen, auf welche die bezeichneten Dritten ein unmittelbares Recht erlangen[8]); — und soweit sich Bürgen oder dritte Pfandschuldner auf Einwendungen aus dem Recht des Hauptschuldners berufen können[9]), dürfen sie dies auch wenn die Einwendung auf einem vom Hauptschuldner geschlossenen Vergleiche beruht[10]). Dagegen kann der Vergleich diesen Personen nicht entgegengesetzt werden, soweit sie für eine nachträgliche Verschärfung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners nicht aufzukommen brauchen[11]). Ist der Vergleichsschließende selbst Eigenthümer eines für die verglichene Forderung verpfändeten Grundstücks, so kann die aus dem Vergleich entspringende Verschärfung der Haftung dieses Grundstücks im Grundbuch eingetragen werden und damit Wirkung gegen dritte Realberechtigte erlangen; aber doch nur vom Datum der Eintragung ab, wie jede dingliche Rechtsveränderung[12]).

3. Ein Vergleich wirkt immer nur für die Streit- oder Zweifelspunkte, über welche die Parteien sich vergleichen wollten. In dieser Hinsicht ist der Inhalt des Vergleichs nöthigenfalls durch Auslegung festzustellen. Hiernach erstreckt sich der Vergleich grundsätzlich nur auf die zur Zeit des Vergleichsabschlusses hervorgetretenen Streit- oder Zweifelspunkte, wenn auch der Ausdruck des Vertrags (wie häufig) so gefaßt ist, daß die Parteien im Uebrigen auf „sämmtliche Rechte, Klagen oder Ansprüche verzichten“[13]).

4. Jede Vergleichspartei hat der anderen die im Vergleiche über-

---

7) Z. B. der von einem an einem Rechtsverhältniß Betheiligten geschlossene Vergleich nützt und schadet den anderen Betheiligten nicht. Soweit aber damit eine Entlassung der anderen Gesammtschuldner von ihrer Verbindlichkeit verbunden sein sollte, können letztere sich auf die Entlassung berufen. S. o. § 207 Note 22.

8) S. §§ 328 ff. BGB. u. oben §§ 179 ff. Oertmann, Vergleich S. 107.

9) S. §§ 768, 770, 1137, 1211 BGB. u. schon oben § 296 Ziff. 2.

10) Also die Einwendung des Vergleichs tritt den bisherigen dieser Personen hinzu.

11) S. in dieser Hinsicht z. B. für den Bürgen § 767, für den dritten Pfandschuldner §§ 1118 ff., 1210 BGB. Soweit der Bürge oder dritte Pfandschuldner sich jedoch zur Abmilderung seiner Haftung auf den Vergleich beruft, muß er auch die nachtheiligen Bestimmungen gegen sich gelten lassen, welche etwa in dem Vergleiche enthalten sind. S. auch Dernburg § 203 Note 4.

12) S. § 879 BGB. u. unten das Sachenrecht. Also bereits eingetragene Rechte Dritter am Grundstück bleiben unberührt.

13) Besonders wichtig ist die Frage der Auslegung, ob der Vergleich sich auch auf angebliche Gegenansprüche, Einreden ꝛc. wider die Hauptforderung beziehe. — Ebenso präjudizirt der Vergleich über ein Recht nicht der Partei, welche dasselbe oder ein ähnliches Recht aus einem anderen als dem verglichenen Erwerbstitel erwirbt. Z. B. man vergleicht sich über das Erbrecht und kauft alsdann ein zur Erbschaft gehöriges Grundstück.

nommenen Leistungen zu machen. In dieser Hinsicht gelten die Regeln der gegenseitigen Verträge (§§ 320 ff.) und der Gewährleistung (§§ 445, 493 BGB.) bei Veräußerungen[14]). Der richtige Vollzug der Vergleichsleistungen kann durch Vertragsstrafe gesichert werden[15]). Besteht über die Vergleichsleistungen Streit, so hat auch hier die Auslegung einzugreifen und den Vertragsinhalt nach dem richtigen Sinne mit Rücksicht auf Treu und Glauben festzustellen. Ergibt sich ein Mißverständniß der Parteien oder ein sonst erheblicher Geschäftsirrthum[16]), so kann der Vergleich nach allgemeinen Grundsätzen angefochten werden, mit der Folge, daß es beim ursprünglichen Stande der verglichenen Rechtsverhältnisse verbleibt.

5. Dagegen hat man von je dem Irrthum beim Vergleiche eine größere Bedeutung beigemessen, als sich durch Anwendung der einfachen Lehre vom Geschäftsirrthum ergibt. § 779 BGB. hat diese ehemals bestrittene Frage geklärt[17]).

Zunächst ist selbstverständlich, daß ein Vergleich nicht deshalb angegriffen werden kann, weil sich nachträglich Gewißheit über die verglichenen Rechtsverhältnisse ergibt. Denn der Vergleich sollte gerade auf seine Weise den Parteien über die Zweifelspunkte hinweghelfen; in dieser Hinsicht Sicherheit, jedenfalls Ruhe schaffen. Wir haben auch gesehen, daß zur Gültigkeit des Vergleichs eine blos subjektive Ungewißheit der Parteien genügt[18]). Irrthümer der Parteien über das caput controversum geben also zu Angriffen auf den Vergleich keinen Anlaß. Ohne sie würde man vielfach überhaupt keinen Vergleich schließen.

Anders verhält es sich mit Irrthümern der Parteien über das caput non controversum. Dies ist der Sachverhalt, den die Parteien

---

14) S. schon oben § 301 Ziff. 4 u. hier oben Note 3 ff. Ferner §§ 168 ff.

15) S. o. § 178.

16) Es kommen die Bd. I §§ 90 Ziff. II u. 94 ff. besprochenen Fälle in Betracht. — Etwaige Rechnungsfehler sind zu berichtigen. Verändert die Berichtigung die vergleichsweise übernommenen Leistungen aber derart, daß sich ein wesentlicher Irrthum betreffs ihrer Uebernahme herausstellt, so ist Anfechtung des ganzen Vergleiches gestattet.

17) Es handelt sich, wie man ehemals formulirte — über den Bereich des Geschäftsirrthums hinaus — um einen sog. Voraussetzungsirrthum. Damit wurde die Frage geradeso bestritten, wie die ganze Lehre der Voraussetzung (s. o. Bd. I § 78 zu Note 4 ff.). In der richtigen Abscheidung von der grundsätzlich verworfenen Voraussetzungslehre lag hier das Heilmittel.

18) S. o. § 301 Ziff. 1 am Ende. Z. B. wenn sich hinterher alte Urkunden oder ein Urtheil findet, wodurch die verglichenen Zweifel ausgeschlossen werden, ist der in Unkenntniß dieser Akte geschlossene Vergleich gültig. Vgl. Oertmann S. 51 ff., 235 ff.

nach Inhalt des Vertrags als feststehend zu Grunde legten[19]). Haben sie sich über diese (ihnen subjektiv feststehenden) Thatsachen geirrt, in der Weise, daß bei richtiger Kenntniß der Sachlage der Streit oder die Ungewißheit nicht entstanden wäre[20]), zu deren Beilegung der Vergleich geschlossen wurde, so ist der Zweck des Vertrages verfehlt — der Vergleich daher unwirksam. § 779 Abs. 1 i. f.[21]). D. h. er ist nicht blos anfechtbar, sondern nichtig[22]). Bereits erfolgte thatsächliche Leistungen sind nach allgemeinen Grundsätzen zurückzufordern[23]).

Siebentes Kapitel.

Verpflichtungsgeschäfte ohne Rücksicht auf den materiellen Inhalt des Schuldversprechens.

I. Allgemeines.

§ 303.

Die Verpflichtungsgeschäfte ohne Rücksicht auf den materiellen Inhalt des Schuldversprechens bilden den Schluß der Geschäftsgruppen[1]), aus welchen besondere Schuldverhältnisse entspringen[2]). Im Gegensatz zu allen früheren Fällen handelt es sich hier nicht um Geschäfte aus einer von vornherein bestimmten wirthschaftlichen Situation[3]), sondern um Geschäfte, die den verschiedensten (wirthschaftlichen und nicht-

19) Es handelt sich hier nicht um bloße Voraussetzungen (daher der Fall auch in Bd. I § 78 Ziff. 1 i. f. nicht unter den Ausnahmen erwähnt wird). Nicht auf die einseitige Meinung einer Partei über die unstreitige Vergleichsbasis kommt es an, sondern auf die beiderseitige in dem Vertrag zu Grunde gelegte. Dazu bedarf es keiner ausdrücklichen Hervorhebung. Es genügt, daß aus dem Vertrage erhellt, von welchen als feststehend angenommenen Thatsachen die Parteien bei ihren wechselseitigen Konzessionen ausgingen.

20) Beide Punkte müssen zusammentreffen. Sonst ist der betreffende Punkt ein unerheblicher, sodaß der Irrthum darüber den Vertragszweck nicht beeinträchtigt.

21) Z. B. der Vergleich wurde über die richtige Auslegung einer testamentarischen Verfügung geschlossen, und darauf stellt sich die Nichtigkeit des ganzen Testamentes heraus. Oder die Intestaterben vergleichen sich über die Vertheilung des Nachlasses und hinterher findet sich ein Testament, das einen Dritten als Erben beruft.

22) S. o. § 80 zu Note 15.

23) Nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung. S. u. §§ 317 ff.

1) S. hier Kapitel I bis VII.

2) Es folgen nur noch ausschließlich nichtgeschäftliche Schuldtypen: die Forderungsrechte aus ungerechtfertigter Bereicherung und aus begangenen unerlaubten Handlungen. S. u. Kapitel VIII.

3) Bezw. umgekehrt der Absicht, einem Anderen einen durchaus unentgeltlichen Vermögensvortheil zuzuwenden.

wirthschaftlichen) Zwecken dienen können, und weil sie für alle diese Zwecke passen, gewissermaßen nur Schemata sind für die Begründung von Schuldverhältnissen aller Art[4]). Was die aus ihnen entstehenden Verpflichtungen zu speziellen Schuldtypen macht, ist nicht der Inhalt des Versprochenen[5]), nicht die wirthschaftliche Situation, aus der es versprochen ist, sondern die besondere technische Art des Versprechens. Diese bestimmt seine rechtliche Verwirklichung. Das Versprechen ist gültig nur, wenn es in bestimmter Gestalt ertheilt ist; und die Gestalt hinwiederum ist den Bedürfnissen des Verkehrs gemäß verschieden. Daraus ergeben sich dann weitere rechtliche Formen der Verwirklichung (Ausführung des Geschäfts).

1. Spezielle typische Schuldformen sind es also, die hier zu besprechen sind, — Formen, in die regelmäßig jedes andere Schuldverhältniß gegossen werden kann, wenn es den Parteien beliebt. Darum schließt das Vorliegen eines der nachfolgenden Rechtsgeschäfte das Vorliegen eines der früheren nicht aus. Sie verhalten sich zueinander wie Mittel und Zweck[6]). Um zu schenken, den Gegner für eine Kaufpreisschuld zu befriedigen ꝛc., kann ein Schuldschein oder eine Zahlungsanweisung[7]) gegeben sein; eine entgeltliche Arbeitsleistung (z. B. eine öffentliche Schaustellung) kann, statt im gewöhnlichen Lohnkontrakt, in der spezifischen Form des Inhaberpapiers[8]) an jeden Erwerber der Urkunde versprochen werden. Nicht die Art der Leistung, auch nicht ihre Entgeltlichkeit sind hier das Charakteristische, sondern die Art, wie die Leistung versprochen ist. In diese Art (das Schema) passen unzählige konkrete Verpflichtungsverhältnisse (z. B. aus Kauf, Tausch, Miethe, Schenkung, Darlehen, Lohnverträgen der verschiedenen Gattungen), die zunächst nicht besonders hervorzutreten brauchen[9]), aber doch unter Umständen die schematische Behandlung des Schuldverhältnisses durchbrechen und dann auch im Schema deutlich zu Tage treten[10]). Die Beeinflussung des Schemas

4) S. bes. unten Ziff. 1.

5) Obschon nicht gerade immer jede Leistung auf diese Art versprochen werden kann. S. z. B. § 783 BGB.

6) Ueber Mittel und Zweck s. im Allgemeinen Bd. I §§ 74 ff.

7) Auf einen Dritten.

8) Durch Billetausgabe u. dgl.

9) Weil der Schuldgrund in dem Schema (z. B. dem Schuldschein oder dem Inhaberpapier) zu Tage treten kann, handelt es sich nicht allgemein um abstrakte Verträge. S. aber z. B. §§ 304—306.

10) Vgl. z. B. unten § 306: Verhältniß des selbständigen Schuldversprechens und Anerkenntnisses zum Schuldgrunde. Ein Hauptfall ist, daß das Schuldversprechen ꝛc. aus einem unsittlichen oder überhaupt unerlaubten Grunde ertheilt ist.

durch den konkreten Schuldgrund ist der schwierigste Punkt der ganzen Materie.

2. Zwei Gründe sind es, die zur Aufstellung dieser schematischen Schuldtypen Veranlassung gegeben haben. Einmal

a) die unter Umständen nothwendige Verschärfung des Gläubigerrechts durch Abschneidung von Einwendungen des Verpflichteten aus dem Schuldgrunde[11]). Dies dient dem Interesse des Verkehrs. Müßte der Gläubiger zur Begründung seiner Forderung die ganze konkrete Rechtsbeziehung zum Schuldner aufdecken, um daraus das Entstehen eines präsenten Anspruchs wider den Gegner herzuleiten[12]), so würde er ihm oft nicht kreditiren. Statt dessen kann er sich einfach auf das Schema: den formalisirten Vertrag als Verpflichtungsgrund beziehen[13]). Der Verschärfung des Gläubigerrechts dienen vorzugsweise das selbständige Schuldversprechen und die Anerkennung[14]).

b) Ein anderer Grund ist die Erleichterung des Verkehrs mit Schuldverhältnissen. Dieses Verkehrsbedürfniß macht sich in doppelter Art geltend. Zur Ersparung von Zeit und Kosten empfiehlt es sich oft, gleichartige, in mehreren Schuldverhältnissen an verschiedene Personen zu bewirkende Leistungen effektiv nur einmal — durch eine einzige Leistung — zu vollziehen, z. B. wenn A dem B und B dem C dasselbe schuldet, die Leistung des A direkt an C zu bewerkstelligen. Diesem Bedürfniß dient die Anweisung[15]). — Oder es wird mit der besonderen Schuldform die leichte Uebertragbarkeit des Verhältnisses vom ursprünglichen Gläubiger auf andere Personen bezweckt, indem die Forderung in einer Urkunde verbrieft und Leistung an den legitimirten Inhaber dieser Urkunde versprochen wird. Nicht alle Fälle dieser Art gehören dem allgemeinen bürgerlichen Recht an. Hauptfall ist die Ausstellung von Inhaberpapieren[16]).

---

11) Ueber den Grundsatz: solve et repete s. auch schon oben Bd. I § 75 i. f.

12) Z. B. das ganze Kauf- oder Darlehensgeschäft.

13) Z. B. auf den gegebenen Schuldschein, die acceptirte Anweisung ꝛc.

14) S. u. §§ 304 ff. Aus dem besonderen Recht gehört hierher der Wechsel. Der Gegner muß zunächst leisten und kann nur unter Umständen das Geleistete zurückfordern. S. o. Note 11.

15) S. u. §§ 307 ff. — Im Beispiel des Textes weist B den A an, die Leistung, welche er ihm selbst zu machen hat, direkt an den C zu bewirken, wodurch die Schuldverhältnisse zwischen A und B sowie zwischen B und C gleichzeitig getilgt werden. — Ein Hauptfall der Anweisung ist der gezogene Wechsel.

16) S. u. §§ 310 ff. Aber auch bei Orderpapieren findet sich etwas

kann. Sache des Schuldners ist es daraufhin, den konkreten Schuldgrund darzuthun, aus dem sich die Ungültigkeit des Vertrages ergibt.

a) Ausnahmsweise bedarf das selbständige Schuldversprechen keiner Form, wenn es von einem Vollkaufmann nach § 350 HGB. ertheilt ist. — Ebenso wenn es im allgemeinen bürgerlichen Verkehr auf Grund einer Abrechnung erfolgte. Bestanden wechselseitige Schuldposten zwischen den Parteien, die gegeneinander festgestellt und aufgewogen worden sind, so liegt in dem selbständigen Versprechen des Saldo[20]) nichts Gefährliches. Das abstrakte Versprechen hat hier nur den Sinn, daß das Resultat der Rechnung endgültig unter den Parteien feststehen, — auf die einzelnen Faktoren der Rechnung nicht mehr zurückgegriffen werden soll[21]). § 782 BGB.

b) Dagegen ist es keine Ausnahme, daß ein im Wege des Vergleichs ertheiltes Schuldversprechen formlos gültig ist (§ 782). Denn es ist nicht abstrakt[22]).

§ 305.

2. Anerkennungsvertrag.

Die Anerkennung unterscheidet sich von dem Schuldversprechen äußerlich dadurch, daß darin keine Leistung versprochen, sondern nur angeblich bestehende Rechtsverhältnisse für wahr erklärt werden.

1. Eine solche Anerkennung braucht kein Vertrag zu sein. Es kann in ihr ein bloßes Zeugniß des Erklärenden gegen sich selbst[1]), ein einfaches Beweismittel liegen[2]). Zum Anerkennungsvertrage wird die Anerkennung nur, wenn sie in verpflichtender Absicht abgegeben und als solche vom Gegner angenommen wird[3]). Die Absicht

---

20) Seitens derjenigen Partei, zu Lasten derer nach der Abrechnung ein Passivum verbleibt.

21) Würde dies nicht bedungen, so hätte die Abrechnung regelmäßig keinen Zweck. — Angriffe nach dem Grundsatz: solve et repete (s. o. § 303 Note 14) werden dadurch nicht ausgeschlossen. Ebensowenig die Berufung auf Rechnungsfehler. Hierwegen gilt Aehnliches wie oben § 302 Note 16.

22) S. o. § 301 Note 36.

1) Unter der Voraussetzung, daß damit etwas dem Anerkennenden Nachtheiliges (die Verpflichtung aus Ansprüchen u. s. w.) zugegeben wird.

2) Anerkennungen dieser Art gehören nicht hierher. Daher z. B. nicht die Anerkennung als Unterbrechungsgrund der Verjährung (oben Bd. I § 116 Note 14), die Quittung als einfaches Beweismittel (oben § 182 Note 63 ff.) u.

3) Daher gehört die Kindesanerkennung in ihren verschiedenen Fällen (§§ 1598, 1718, 1720 Abs. 2 BGB.) nicht hierher, da sie zwar Rechtsgeschäft, aber nicht nothwendig ein Vertrag zu sein braucht. — Ebensowenig das Anerkenntniß des Beklagten im Prozesse, da es zwar dispositiv, aber eine

resp. die im Vertrage übernommene Verpflichtung kann an sich dahin gehen, das Anerkannte als bewiesen hinnehmen zu wollen (Beweisvertrag). Der Anerkennende kann dann die Kraft der Anerkennung durch Gegenbeweis überwinden[4]). Dies unterscheidet sich im praktischen Ergebniß kaum von der Anerkennung als Beweismittel[5]).

Die eigentliche Bedeutung des Anerkennungsvertrages beginnt erst, wenn die darin übernommene Verpflichtung den Sinn hat, etwas dem Anerkannten Entgegenstehendes gar nicht behaupten zu wollen. Also selbst dann nicht, wenn das Anerkannte der Wahrheit nicht entspricht![6]). Letzterenfalls enthält das Anerkenntniß eine Zuwendung an den Vertragsgegner[7]), deren Inhalt so verschieden sein kann, als es anerkennungsfähige Rechte gibt[8]); und deren Grund so verschieden ist, als die Zwecke von Zuwendungen überhaupt[9]).

2. Die Anerkennung[10]) kann (positiv) auf das Bestehen, oder (negativ) auf das Nichtbestehen von Rechten und Rechtsverhältnissen[11]) gerichtet sein. Demgemäß unterscheidet man positive und negative Anerkennungsverträge.

Ihre Wirkung ist zunächst die gleiche:

a) Ist das Anerkannte wahr, so schafft die Anerkennung einen neuen Rechtstitel[12]) für den anerkannten Rechtseffekt (das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses); sodaß auf den ursprünglichen Thatbestand nicht mehr zurückzugehen ist[13]).

einseitige Erklärung ist. Letztere bedarf nicht der Schriftform des § 781 BGB. Vgl. Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 34ff. und das o. § 301 zu Note 45 Gesagte.

4) Durch den Beweis der thatsächlichen Unrichtigkeit des Anerkannten.

5) Wie dies schon bei der Quittung auseinandergesetzt worden ist. S. § 182 zu Noten 71—72.

6) Vgl. o. § 288 bei Note 9.

7) S. Bd. I § 74 Ziff. 5.

8) In dieser Weise kann nicht blos die Begründung, sondern auch z. B. das Erlöschen, der Uebergang von Schuldverhältnissen auf andere als die ursprünglichen Personen, — es können Eigenthum und andere dingliche Rechte, Urheberrechte, das Erbrecht, der Vermächtnißanspruch irgend einer Person ꝛc. anerkannt werden. Vgl. o. Bd. I § 74 zu Note 25.

9) S. Bd. I § 74 zu Noten 24, 26ff. u. § 75. Man kann z. B. solvendi, credendi, donandi causa anerkennen.

10) Wir reden hier nur noch vom Anerkennungsvertrag im eigentlichen, zuletzt hervorgehobenen Sinne.

11) Vor Allem auch in der Hinsicht, daß ein Anspruch durch Befriedigung ꝛc. erlöschen ist.

12) S. o. Bd. I § 71 Ziff. 10. — Es handelt sich um materielle, nicht um prozessualische Fragen.

13) Die Anerkennung in diesem Sinne ist Sicherungsvertrag. S. o. § 288.

dem Vertrag zum Ausdruck gebracht ist, warum der Eine dem Anderen diese Leistung macht (ob als Kaufpreis für gelieferte Waaren, als Rückzahlung eines empfangenen Darlehens u. dgl.). Man spricht hier auch von einem abstrakten Schuldversprechen weil es der Angabe des Grundes entbehrt, oder von einem selbständigen Versprechen[6]) weil es in Folge der Loslösung vom Schuldgrunde die Verpflichtung selbständig, d. h. unabhängig von etwaigen Mängeln des Schuldgrundes[7]) erzeugt.

Gerade diese Unabhängigkeit ist vielfach Verkehrsbedürfniß[8]). Der Gläubiger soll nicht den ganzen Schuldgrund beweisen müssen: er kann sich zur Begründung seiner Forderung einfach auf das selbständig gegebene Versprechen beziehen.

1. Ein solches Schuldversprechen kann auf Leistungen aller Art gehen[9]), nicht blos auf Geld oder vertretbare Sachen[10]).

2. Aus dem Vertrage muß erhellen, daß die Leistung selbständig versprochen ist. In Zweifelsfällen muß der Fordernde entweder diesen Charakter des Versprechens oder einen bestimmten materiellen Schuldgrund darthun. Ersteres kann er heutzutage regelmäßig nur, wenn das Versprechen schriftlich ertheilt ist[11]). § 780 BGB. Immer-

Roggen, oder ein bestimmtes Pferd liefern. Unter Annahme des Versprechens durch den Gegner.

6) Dies ist die Ausdrucksweise des Gesetzes. § 780 BGB.

7) S. o. § 303 Noten 11—14. Z. B. der Anspruch des Käufers auf den Kaufpreis ist abhängig von Lieferung der Waare, der Anspruch aus dem Darlehen von vorheriger Zahlung der Valuta u. s. w. Nach den Grundsätzen Bd. I § 127 hat der Gläubiger alle Thatsachen zu beweisen, von denen das Bestehen eines präsenten Anspruchs wider den Schuldner abhängt. Hier werden diese Thatsachen vermindert, das Gläubigerrecht also verstärkt.

8) Schon die Römer sind ihm entgegengekommen durch Ausbildung der stipulatio, in die jede andere Verabredung eingekleidet werden konnte. Die Verabredung: spondesne? — spondeo enthielt ein Schuldversprechen aber nicht den Schuldgrund. Als die Stipulation mit dem röm. Kontraktsformalismus gefallen war, fehlte lange Zeit ein Ersatzmittel. Kurzsichtige einseitige Berücksichtigung der angeblichen Schuldnerinteressen löste die auch im altdeutschen Recht vorhanden gewesene Tendenz der Zulassung selbständiger Schuldversprechen ab, und zwang den Gläubiger, in allen Fällen den Schuldgrund zu beweisen. Ein Schuldschein genügte nur, wenn er den Schuldgrund angab (sonst wurde er als cautio indiscreta zurückgewiesen). Dies hemmte den Kredit auf das Empfindlichste. Zunächst unter Kaufleuten, dann auch im allgemeinen bürgerlichen Verkehr wurde wieder gestattet, auf Grund des übereinstimmenden Parteiwillens ein von der causa losgelöstes Schuldverhältniß zu begründen. Unser Gesetz hat diese Entwickelung zum Abschluß gebracht.

9) Innerhalb der allgemeinen Vertragsschranken.

10) S. schon oben Note 5. — Es kann auch eine Gegenleistung beredet sein, sofern sie nur nicht eine causa des Schuldversprechens darstellt (dadurch würde der Charakter des reinen Versprechens zerstört). Dagegen kann z. B. Leistung gegen Ersatz der Kosten versprochen werden.

11) Ueber diese Sicherungsvorschrift des modernen Rechts s. noch unten

hin kommt es danach noch auf die Auslegung des Inhalts an. Angabe oder Nichtangabe von Schuldgründen in der Urkunde ist kein sicheres Kennzeichen für das Vorliegen der einen oder anderen Absicht. Oft ist man redselig, oft ist man vergeßlich. Es kommt auf die Genauigkeit der Angabe und vielfach auf die Umstände an. Allgemeine Bezeichnungen (z. B. als Darlehen[12]), als Entgelt, zur Schadloshaltung) sind noch kein Schuldgrund. Umgekehrt ist ein Versprechen auf Grund einer wirklich vollzogenen, detaillirten Abrechnung regelmäßig selbständig verpflichtend, weil mit der Abrechnung sonst nichts gewonnen wäre[13]).

3. Mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit des selbständigen Schuldversprechens für den Verpflichteten muß das Versprechen, um gültig zu sein, regelmäßig schriftlich ertheilt werden. Dagegen kann die Annahme des Versprechens formlos erfolgen[14]). § 780. Der Vertrag kommt daher auch durch einfaches Geben und Nehmen des vom Schuldner ausgestellten Schuldscheins[15]) zu Stande[16]).

Bedarf der Vertrag nach seinem Inhalt einer stärkeren Form, so ist diese zu beobachten[17]). So wenn das Schuldversprechen sich auf die Uebertragung eines Grundstücks oder einer Vermögensquote bezieht (§§ 311, 313 BGB). Ferner wenn das Versprechen nach dem Schuldgrunde einer derartig stärkeren Form bedarf, z. B. als Schenkung (§ 518 Abs. 1 BGB.)[18]). Wird im Versprechen auch vom Schuldgrund abstrahirt, so ist derselbe darum nicht weniger vorhanden. Fehler des Grundvertrags äußern auch hier zwischen den Parteien ihre Wirkung. Das Gegentheil würde der Gesetzesumgehung Thür und Thor öffnen[19]). Das Einzige, was dem selbständigen Schuldversprechen in diesem Falle noch von erhöhter Wirkung verbleibt, ist, daß der Gläubiger zunächst aus dem einfachen Schuldschein fordern

Ziff. 3. Ist die Form nicht beachtet, so ist das Versprechen als abstraktes überhaupt ungültig. Das Forderungsrecht des Gläubigers hängt dann stets davon ab, ob er einen besonderen Schuldgrund anführen kann.

12) Denn s. z. B. schon oben § 188 Noten 7, 30 ꝛc.

13) S. o. § 288 Noten 8 u. 9.

14) In dieser Hinsicht gilt dasselbe wie bei der Bürgschaft. S. o. § 295 Ziff. 3.

15) Der cautio indiscreta im alten Sinne. Wegen der Schriftform siehe Bd. I § 87.

16) Wenn der Gläubiger einen solchen Schuldschein besitzt, so wird auch zunächst vermuthet, daß er ihm vom Schuldner übergeben worden sei.

17) § 780 BGB. behält diesen Fall ausdrücklich vor. Andernfalls ist also der Vertrag nach allgemeinen Grundsätzen nichtig. S. Bd. I § 87 Ziff. 1.

18) S. auch § 2301 BGB.

19) Diese Behandlung der Form korrespondirt mit derjenigen der gesetzlich verbotenen und besonders der unsittlichen Schuldgründe. S. u. § 306 Ziff. 2. Dort auch die Litteratur. Auf demselben Boden steht o. § 301 Note 29.

kann. Sache des Schuldners ist es daraufhin, den konkreten Schuldgrund darzuthun, aus dem sich die Ungültigkeit des Vertrages ergibt.

a) Ausnahmsweise bedarf das selbständige Schuldversprechen keiner Form, wenn es von einem Vollkaufmann nach § 350 HGB. ertheilt ist. — Ebenso wenn es im allgemeinen bürgerlichen Verkehr auf Grund einer Abrechnung erfolgte. Bestanden wechselseitige Schuldposten zwischen den Parteien, die gegeneinander festgestellt und aufgewogen worden sind, so liegt in dem selbständigen Versprechen des Saldo[20]) nichts Gefährliches. Das abstrakte Versprechen hat hier nur den Sinn, daß das Resultat der Rechnung endgültig unter den Parteien feststehen, — auf die einzelnen Faktoren der Rechnung nicht mehr zurückgegriffen werden soll[21]). § 782 BGB.

b) Dagegen ist es keine Ausnahme, daß ein im Wege des Vergleichs ertheiltes Schuldversprechen formlos gültig ist (§ 782). Denn es ist nicht abstrakt[22]).

§ 305.

2. Anerkennungsvertrag.

Die Anerkennung unterscheidet sich von dem Schuldversprechen äußerlich dadurch, daß darin keine Leistung versprochen, sondern nur angeblich bestehende Rechtsverhältnisse für wahr erklärt werden.

1. Eine solche Anerkennung braucht kein Vertrag zu sein. Es kann in ihr ein bloßes Zeugniß des Erklärenden gegen sich selbst[1]), ein einfaches Beweismittel liegen[2]). Zum Anerkennungsvertrage wird die Anerkennung nur, wenn sie in verpflichtender Absicht abgegeben und als solche vom Gegner angenommen wird[3]). Die Absicht

---

20) Seitens derjenigen Partei, zu Lasten derer nach der Abrechnung ein Passivum verbleibt.

21) Würde dies nicht bedungen, so hätte die Abrechnung regelmäßig keinen Zweck. — Angriffe nach dem Grundsatz: solve et repete (s. o. § 303 Note 14) werden dadurch nicht ausgeschlossen. Ebensowenig die Berufung auf Rechnungsfehler. Hierwegen gilt Aehnliches wie oben § 302 Note 16.

22) S. o. § 301 Note 36.

1) Unter der Voraussetzung, daß damit etwas dem Anerkennenden Nachtheiliges (die Verpflichtung aus Ansprüchen u. s. w.) zugegeben wird.

2) Anerkennungen dieser Art gehören nicht hierher. Daher z. B. nicht die Anerkennung als Unterbrechungsgrund der Verjährung (oben Bd. I § 116 Note 14), die Quittung als einfaches Beweismittel (oben § 182 Note 63 ff.) u.

3) Daher gehört die Kindesanerkennung in ihren verschiedenen Fällen (§§ 1598, 1718, 1720 Abs. 2 BGB.) nicht hierher, da sie zwar Rechtsgeschäft, aber nicht nothwendig ein Vertrag zu sein braucht. — Ebensowenig das Anerkenntniß des Beklagten im Prozesse, da es zwar dispositiv, aber eine

resp. die im Vertrage übernommene Verpflichtung kann an sich dahin gehen, das Anerkannte als bewiesen hinnehmen zu wollen (Beweisvertrag). Der Anerkennende kann dann die Kraft der Anerkennung durch Gegenbeweis überwinden[4]). Dies unterscheidet sich im praktischen Ergebniß kaum von der Anerkennung als Beweismittel[5]).

Die eigentliche Bedeutung des Anerkennungsvertrages beginnt erst, wenn die darin übernommene Verpflichtung den Sinn hat, etwas dem Anerkannten Entgegenstehendes gar nicht behaupten zu wollen. Also selbst dann nicht, wenn das Anerkannte der Wahrheit nicht entspricht![6]). Letzterenfalls enthält das Anerkenntniß eine Zuwendung an den Vertragsgegner[7]), deren Inhalt so verschieden sein kann, als es anerkennungsfähige Rechte gibt[8]); und deren Grund so verschieden ist, als die Zwecke von Zuwendungen überhaupt[9]).

2. Die Anerkennung[10]) kann (positiv) auf das Bestehen, oder (negativ) auf das Nichtbestehen von Rechten und Rechtsverhältnissen[11]) gerichtet sein. Demgemäß unterscheidet man positive und negative Anerkennungsverträge.

Ihre Wirkung ist zunächst die gleiche:

a) Ist das Anerkannte wahr, so schafft die Anerkennung einen neuen Rechtstitel[12]) für den anerkannten Rechtseffekt (das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses); sodaß auf den ursprünglichen Thatbestand nicht mehr zurückzugehen ist[13]).

einseitige Erklärung ist. Letztere bedarf nicht der Schriftform des § 781 BGB. Vgl. Kohler, Ztschr. f. Civilprozeß Bd. 29 S. 34ff. und das o. § 301 zu Note 45 Gesagte.

4) Durch den Beweis der thatsächlichen Unrichtigkeit des Anerkannten.

5) Wie dies schon bei der Quittung auseinandergesetzt worden ist. S. § 182 zu Noten 71—72.

6) Vgl. o. § 288 bei Note 9.

7) S. Bd. I § 74 Ziff. 5.

8) In dieser Weise kann nicht blos die Begründung, sondern auch z. B. das Erlöschen, der Uebergang von Schuldverhältnissen auf andere als die ursprünglichen Personen, — es können Eigenthum und andere dingliche Rechte, Urheberrechte, das Erbrecht, der Vermächtnißanspruch irgend einer Person ꝛc. anerkannt werden. Vgl. o. Bd. I § 74 zu Note 25.

9) S. Bd. I § 74 zu Noten 24, 26ff. u. § 75. Man kann z. B. solvendi, credendi, donandi causa anerkennen.

10) Wir reden hier nur noch vom Anerkennungsvertrag im eigentlichen, zuletzt hervorgehobenen Sinne.

11) Vor Allem auch in der Hinsicht, daß ein Anspruch durch Befriedigung ꝛc. erloschen ist.

12) S. o. Bd. I § 71 Ziff. 10. — Es handelt sich um materielle, nicht um prozessualische Fragen.

13) Die Anerkennung in diesem Sinne ist Sicherungsvertrag. S. o. § 288.

b) Ist das Anerkannte nicht wahr, so ist die anerkannte Rechtswirkung durch den Vertrag geschaffen, soweit sie auch sonst durch Vertrag geschaffen werden könnte[14]). Ob ich sage: „ich begründe diese Rechtswirkung" oder: „ich erkenne sie als begründet an", steht gleich.

3. Der Werth der Anerkennung liegt darin, daß auf Grund derselben die Wahrheit oder Nichtwahrheit des anerkannten[15]) Rechtsverhältnisses nicht mehr zu untersuchen ist. Der Empfänger des Anerkenntnisses kann sich fortan einfach auf das Anerkenntniß beziehen[16]); er kann sich einem Zurückgehen auf die anerkannten Verhältnisse in demselben Maße widersetzen, wie der Empfänger eines Schuldbekenntnisses der Rücknahme dieses Versprechens[17]). Der Vertrag kann von der einen Seite nicht mehr willkürlich gelöst werden[18]). Hiernach sind die Erfordernisse des Anerkennungsvertrages zu bestimmen.

a) Der Hauptfall der negativen Anerkennungsverträge ist schon früher behandelt. Es ist die Anerkennung des Nichtbestehens einer Verpflichtung[19]). § 397 Abs. 2 BGB. Sie geht dem Schulderlaß parallel[20]), weil es praktisch gleichgültig ist, zu sagen, daß man „nicht fordern könne" oder „nicht mehr fordern wolle". Davon ist hier nicht weiter die Rede[21]).

b) Ebenso muß der positive Anerkennungsvertrag dem Vertrage auf Erzeugung der in Frage stehenden Rechtswirkungen parallel gehen[22]). Das Gesetz muß die vertraglich acceptirte Erklärung gleichbehandeln, mag sie nun lauten: „ich erkenne an, daß Du

---

14) Das Detail ergibt sich daraus, daß eben nicht alle Rechtswirkungen durch einfachen Vertrag geschaffen werden können. S. o. Bd. I § 79.

15) D. h. als bestehend oder nicht bestehend anerkannten. Das Gesagte bezieht sich auch auf den negativen Anerkennungsvertrag.

16) Wie der Empfänger eines Schuldbekenntnisses nach § 304 zu Note 8.

17) In diesem Sinne spricht man von der Anerkennung als Verpflichtungsgrund.

18) Dasselbe gilt für die Erhebung von Einwendungen aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß. S. übrigens unten § 306.

19) S. o. § 195 Ziff. II.

20) Bedarf also insbesondere nicht der Schriftform des positiven Anerkennungsvertrages (§ 781 BGB.). Die Befreiung des Schuldners wird begünstigt.

21) Ebenso ist die Anerkennung von Einwendungen gegen eine Forderung zu behandeln, wenn das Ergebniß des Einwands ist, daß die Forderung nicht entstanden oder zur Zeit erloschen ist. S. o. Bd. I § 126 I Ziff. 1. Anders verhält es sich mit rechtshemmenden Einwendungen (eod. Ziff. 2). Hier handelt es sich um die Anerkennung eingewendeter Hauptrechte oder Einrederechte. Diese ist positive Anerkennung, auf die also die Vorschriften unten lit. b Anwendung finden.

22) Die Anerkennung wirkt daher auch für die Rechtsnachfolger der Parteien und sonstige Betheiligte geradeso, wie die entsprechende direkte Zuwendung.

Eigenthümer bist" oder: „ich mache Dich zum Eigenthümer"; — „ich erkenne an, schuldig zu sein" oder „ich verspreche zu zahlen"[23]). Damit bestimmen sich Erfordernisse und Wirkungen des positiven Anerkennungsvertrags im Einzelfalle.

α. Geht er auf Anerkennung einer Schuld (Schuldanerkenntniß), so muß er den Erfordernissen der Schuldbegründung entsprechen; also wenn nicht das Anerkenntniß den Schuldgrund in sich aufnimmt[24]), die Voraussetzungen beobachten, unter denen das selbständige Schuldversprechen gültig ertheilt werden kann[25]). §§ 781, 782 BGB. Das Anerkenntniß muß also, um gültig zu sein, regelmäßig schriftlich erfolgen (durch Uebergabe eines Schuldscheins), während die Annahme auch formlos geschehen kann[26]). Bedürfte die Schuldbegründung zu ihrer Gültigkeit einer stärkeren Form, sei es zufolge des Objekts (§§ 311, 313 BGB.) oder des Schuldgrundes (in Verfolg dessen die Anerkennung geschah), so ist diese Form zu beobachten[26]). Dagegen ist die Anerkennung eines Vollkaufmanns nach § 350 HGB., sowie die Anerkennung des Saldo einer unter den Parteien vollzogenen Abrechnung auch hier formlos gültig[27]); ebenso die Schuldanerkennung im Vergleich, weil sie gar nicht abstrakt ist[28]). § 782.

β. Dagegen macht die Anerkennung des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte den Empfänger des Anerkenntnisses gewöhnlich nicht zum Eigenthümer, weil dazu der Abschluß des dinglichen Vertrages (Uebergabe, Auflassung) gehört. Die Anerkennung hat hier nur den Charakter eines Rechtstitels für diese Akte[29]). Sie stützt sie also obligatorisch[30]), wenn sie den Erfordernissen eines gültigen Schuldanerkenntnisses entspricht. Doch kommt es vor, daß die mangelnde Form des letzteren durch Nachholung des dinglichen Vertrags geheilt wird. S. z. B. §§ 313 i. f.,

---

23) Das Schuldanerkenntnis schließt regelmäßig das Zahlungsversprechen vernünftigerweise in sich.

24) Wo regelmäßig auch die formlose Schuldbegründung gültig ist ꝛc. S. o. § 166. Wegen der Angabe des Schuldgrundes im Schuldschein vgl. § 304 Ziff. 2.

25) S. o. § 304 insbes. Ziff. 3.

26) Der Schuldschein lautet z. B.: Unterzeichneter bekennt, 1000 Mark schuldig zu sein (oder 1000 Mark zu verschulden). Als Annahme genügt Annahme des Schuldscheins.

26) Z. B. die Schenkungsform. Vgl. § 518 BGB. Es gelten die Ausführungen oben § 304 Note 18 ff.

27) Aus denselben Gründen wie das Schuldversprechen auf gleicher Basis. S. o. § 304 Note 20 ff.

28) S. o. § 301 Note 36.

29) Vgl. Bd. I § 71 Ziff. 10.

30) S. o. Note 16 ff. Eventuell auch mit Rückwirkung (aber nur obligatorisch unter den Parteien). Arg. § 141 Abs. 2 BGB.

518 Abs. 2 BGB. Soweit der Empfänger des Anerkenntnisses schon Besitzer der Sache oder mit dem anerkannten Recht im Grundbuch eingetragen war, ist auch die Anerkennung formlos gültig[31]).

γ. Wo eine Verfügung durch einfachen Vertrag geschehen kann[32]), wie bei der Abtretung von Forderungsrechten, Urheberrechten ꝛc. (§§ 398, 413 BGB.), bedarf auch die Anerkennung des betreffenden Verhältnisses keiner weiteren Form[33])[34]).

4. Hiermit ist zugleich die Stellung des Anerkennungsvertrags im Schuldrecht erklärt. Er gehört dahin nicht mehr und nicht weniger als der Vergleich[35]). Zwar können unzählige Rechte und Rechtsverhältnisse gegebenenfalls durch Anerkennung geschaffen werden, aber sie alle finden darin nur ihren obligatorischen Rechtfertigungsgrund, der die willkürliche Umstoßung verhindert[36]).

B. Verhältniß des selbständigen Schuldversprechens und der Anerkennung zum Schuldgrunde.

§ 306.

1. Wir sahen, daß das selbständige Schuldversprechen und die Anerkennung, wenn sie der Wahrheit nicht entspricht[1]), eine Zuwendung enthält[2]), deren Grund so verschieden sein kann, wie der von Zuwen-

---

31) Per arg. a minori ad maius, und bei Mobilien arg. § 929 Satz 2 BGB. Und arg. § 397 Abs. 2 BGB., da hier der Anerkennende auf entgegenstehende Ansprüche verzichtet.

32) So auch im Fall der Anerkennung des Eigenthums an einer Mobilie, die sich im Besitze eines herausgabepflichtigen Dritten befindet, weil die Tradition nach § 931 BGB. hier formlos (durch Abtretung des Herausgabeanspruchs) geschehen kann.

33) Die Anerkennung dinglicher Rechte durch einen Nichtberechtigten gibt dem Anerkennungsempfänger geradesoviel Rechte, als ihm auch die entsprechende Verfügung des Nichtberechtigten verleihen würde. Es kommt darauf an, unter welchen Umständen sich die Anerkennung vollzieht. So kann sie, wenn der Anerkennungsempfänger den Besitz der Mobilie vom Anerkennenden erlangt hatte, als traditio brevi manu wirken. § 932 Abs. 1 i. f. BGB. Aehnlich bei Anerkennung eines Nießbrauchs nach § 1032.

34) Die Anerkennung rechtshemmender Einwendungen gegen einen Anspruch (s. o. Note 21) bedarf jedenfalls dann nicht der Schriftform, wenn das dem Anspruch entgegenstehende Recht kein Schuldverhältniß ist. Anders wenn z. B. gegen die rei vindicatio der Einwand der Miethe anerkannt wird (vgl. § 986 BGB.).

35) S. o. § 301 zu Note 11 ff.

36) Dazu bedürfte es vielmehr der Beseitigung des Anerkennungsgeschäfts (der causa jener Rechtswirkung) durch Anfechtung oder condictio. S. u. § 306.

1) Vgl. o. § 305 Ziff. 2b.

2) Hier und im Folgenden ist immer vorauszusetzen, daß der Vertrag an

dungen überhaupt. Wird der Rechtsgrund dieser Zuwendung im gegebenen Falle objektiv vereitelt[3]), so ist die Zuwendung grundlos und unterliegt der Rückforderung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung[4]). § 812 ff. BGB.[5]).

Nicht anders verhält es sich aber auch dann, wenn die Anerkennung, als sie abgegeben wurde, der Wahrheit entsprach. Denn auch dann schuf sie einen neuen Rechtstitel für die anerkannte Rechtswirkung, und dieser Titel unterliegt der Entkräftung, wie wenn er eine Zuwendung enthielte[6]). Fällt also die anerkannte Rechtswirkung nachträglich zusammen, so muß dennoch der neue Titel (das Anerkenntniß) für sich angegriffen und damit aus der Welt geschafft werden.

2. Doch genügen diese einfachen Sätze nicht ganz. Ist auch das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß abstrakt gültig, so ist doch der materielle Schuldgrund hier nicht ohne Bedeutung[7]). Ist der Schuldgrund unsittlich[8]) oder aus anderen öffentlichrechtlichen Gründen unerlaubt[9]) oder gesetzlich mißbilligt[10]), so ist der Mangel des Schuldgrundes auch dem auf dieser Basis abgegebenen Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß entgegenzusetzen, weil andernfalls der Umgehung des Gesetzes Thür und Thor geöffnet würde[11]). Arg. § 518 Abs. 1 i. f., §§ 656 Abs. 2, 762 Abs. 2 BGB.[12]). Ist hiernach das Grundgeschäft nichtig oder die Erfüllung nicht erzwingbar, so gilt dasselbe

sich gültig war. Darüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze; s. Bd. I §§ 83 ff. (z. B. über Anfechtbarkeit wegen Irrthums, Betrugs 2c.).

3) Z. B. man hat anerkannt oder eine Zahlung versprochen, weil man den Empfang der Valuta als Darlehen erwartete, und die Valuta bleibt aus.

4) S. Bd. I § 75 Ziff. 2 (beſ. lit. b) u. unten §§ 317 ff.

5) S. insbes. § 812 Abs. 2 BGB. über die Kondiktion der Anerkennung. Ebenso ist das abstrakte Schuldversprechen nicht weniger als eine reelle Leistung kondizirbar.

6) S. o. § 305 Ziff. 3. Man will der Untersuchung enthoben sein, ob das Anerkannte wirklich wahr war oder nicht. Vielfach weiß man es gar nicht genau. Man hält sich fortan an den neuen Rechtstitel.

7) Sein Ausschluß aus dem Vertrage beruht auf dem Privatwillen der Kontrahenten. Dieser Privatwille kann sich nicht über Sätze der öffentlichen Ordnung hinwegsetzen, die z. B. die Ungültigkeit oder Unklagbarkeit gewisser Verpflichtungen aussprechen (s. o. Bd. I §§ 79, 85).

8) Z. B. Vergütung für Unzucht, Kuppelei, Verrath militärischer Geheimnisse 2c.

9) Z. B. als wucherisches Geschäft.

10) Z. B. als Spielschuld, Schuld aus Differenzgeschäft, Ehemakellohn u. s. w.

11) Ebenso wie oben § 304 Note 19. Die dort cit. Bestimmungen (z. B. §§ 518, 2301 BGB.) sind daher auch gewichtige Stützpunkte für die im Text vertretene Ansicht.

12) Entsprechend im röm. Recht bei Stipulationen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen: s. z. B. l. 3 § 10, l. 11, 33, 39 pr., 48 Dig. de don. i. vir. et ux. 24, 1; l. 27, 123 Dig. de V. O. 45, 1.

13) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 1 S. 169, Bd. 3 S. 359, Bd. 10 S. 387,

auch für das darüber ertheilte Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß[13]). § 817 BGB. ist auf diesen Fall nicht anwendbar[14]). Freilich muß auch hier der Schuldner, wenn er in Anspruch genommen wird, dem Gläubiger beweisen, daß der Akt nichtig ist[15]), was äußerlich einer Art Anfechtung des Schuldscheins gleichkommt[16]).

3. Soweit ein wirklich bestehendes Schuldverhältniß anerkannt oder dessen Erfüllung versprochen wurde, treten auf Grund des dafür gegebenen neuen Schuldtitels zwei Ansprüche nebeneinander, die nach allgemeinen Grundsätzen konkurriren[17]). Hat der neue Titel zugleich beschränkende Bedeutung, d. h. verbindet sich mit ihm das negative Anerkenntniß, daß der Gläubiger nicht mehr als das nunmehr Bestimmte zu fordern habe, so beschränken sich dessen Ansprüche auf den festgesetzten Umfang[18]).

III. Anweisung*.

§ 307.

A. Begriff, Zustandekommen und Elemente der Anweisung.

1. Anweisung im hier besprochenen Sinne eines formalisirten, von seinem wirthschaftlichen Anlaß unabhängigen Geschäfts[1]) ist nur die

Bd. 23 S. 226 u. d. RG. Bd. 5 S. 124, Bd. 8 S. 97, sowie in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 34 S. 1219.

14) Zustimmend Lotmar, Der unmoralische Vertrag (1896) S. 63; Klingmüller a. a. O. S. 84; Dernburg § 90 i. f.; Cosack § 162 IV Ziff. 3. A. M. Oertmann zu § 817 Note 3 u. i. d. deutsch. Juristenzeitung 1902, S. 105; Collatz a. a. O. S. 141. Irrig ist es (Planck § 817 Note 1), den § 817 BGB. auch für anwendbar zu erklären: denn soweit Nichtigkeit der Zuwendung vorliegt, kann von einer Kondiktion keine Rede sein. Vindikation und Kondiktion schließen sich aus. S. u. § 322. Nur eine Rückforderung des Schuldscheins kann in Frage kommen.

15) Bezw. daß einer der Noten 8—10 erwähnten rechtlich mißbilligten Schuldgründe vorliegt.

16) Vgl. o. § 304 nach Note 19.

17) Vgl. Bd. I § 121 Ziff. 3. Z. B. insoweit das Erfüllungsversprechen oder die Anerkennung hinter der Hauptverbindlichkeit zurückbleibt, kann gleichwohl das Ganze gefordert werden, es sei denn daß sich aus der Vertragsabsicht ein Anderes ergibt. S. das Folgende.

18) So wenn das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß auf Grund einer Abrechnung ertheilt wurde. Vorbehaltlich der Kondiktion des negativen Anerkenntnisses nach Ziff. 1 oder der Anfechtung wegen Irrthums ꝛc.

*) Vgl. v. Plucinski im Archiv f. civ. Praxis Bd. 60 S. 352; Cohn in Endemann's Handb. d. Handelsrechts Bd. 3 S. 1093; Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht (1895); Lenel in Jhering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 36 S. 113; Jacobi, Die Werthpapiere im bürgerlichen Recht (1901) S. 239, 292 ff. — Dernburg §§ 237 ff.; Endemann I § 195; Cosack § 151; Mathiaß I § 135; Enneccerus I §§ 333 ff.

1) Vgl. o. § 303 Ziff. 2 b. — Ueber den Gegensatz s. u. zu Note 9.

schriftliche Anweisung auf Geld, Werthpapiere und andere vertretbare Sachen. Nur diese paßt gleichmäßig auf eine unbeschränkte Anzahl von Verbindlichkeiten, derart daß die einmalige effektive Leistung gleichzeitig mehrere Schuldverhältnisse begründen[2]) oder erledigen kann[3]). Das Bedürfniß der Schriftlichkeit der Anweisung ergibt sich dabei von selbst. Denn die Beziehung der Leistung zu mehreren Schuldverhältnissen wäre mündlich kaum festzuhalten. Das Papier fixirt die wesentlichen Punkte und betheiligten Personen, nicht nur für die Leistung selbst, sondern auch für die nachherige Deckung des Leistenden.

Die Anweisungsschuld wird von dem Prinzip der Formelstrenge beherrscht[4]). Um auf die mehreren Schuldverhältnisse zu passen, die sie begründen, verändern oder lösen soll, muß die in der Anweisung verbriefte Leistung von der Eigenart jener Schuldverhältnisse befreit, — auf diejenigen Merkmale beschränkt werden, die ihnen allen gemeinsam sind. Das sind im Wesentlichen nur: der spezielle nach Qualität und Quantität bestimmte Leistungsgegenstand, die betheiligten Subjekte, Zeit[5]) und Ort der Leistung. Allerdings kann die Anweisung auch noch ein Mehreres enthalten, z. B. die Leistungspflicht von Bedingungen oder von einer zu bewirkenden Gegenleistung u. dgl. abhängig machen, oder den Schuldgrund angeben[6]). Das Gesetz stellt in dieser Hinsicht keine Schranken auf[7]). Unter Umständen kann die Spezialisirung der Leistungspflicht dem Interesse der Betheiligten entsprechen[8]); regelmäßig entspricht sie ihm nicht, weil sie die Anweisung ihrer Schneidigkeit beraubt. Der Zweck, zu dem sie das Verkehrsbedürfniß erfunden hat, besteht in der Schaffung eines möglichst voraussetzungslosen Anspruchs auf Zahlung, damit letzterer von einem Schuldverhältniß auf das andere „überwiesen" werden kann.

Aus dem Gesagten erhellt, daß die Anweisung in diesem Sinne

---

2) Z. B. ein Kreditverhältniß (Darlehen ꝛc.) durch Valutazahlung. Hierhin gehört auch das Institut der Kreditbriefe (besonders zur Uebermittelung von Leistungen an einen anderen Ort).

3) Z. B. als Erfüllung einer geschuldeten Leistung.

4) S. o. § 303 Ziff. 3.

5) Danach unterscheidet man Anweisung auf Sicht d. h. zu sofortiger Leistung bei der Präsentation, oder auf Leistung zu bestimmter anderer Zeit (auch auf bestimmte Zeit nach Sicht).

6) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 1 S. 69 ff. u. d. RG. Bd. 11 S. 136.

7) Anders beim Wechsel. S. Art. 4 ff. WO.

8) Aus dem Inhalt der Anweisung können dann ebensoviel Einwendungen gegen die Leistungspflicht hergeleitet werden. § 784 Abs. 1 BGB.

b) Ist das Anerkannte nicht wahr, so ist die anerkannte Rechtswirkung durch den Vertrag geschaffen, soweit sie auch sonst durch Vertrag geschaffen werden könnte[14]). Ob ich sage: „ich begründe diese Rechtswirkung" oder: „ich erkenne sie als begründet an", steht gleich.

3. Der Werth der Anerkennung liegt darin, daß auf Grund derselben die Wahrheit oder Nichtwahrheit des anerkannten[15]) Rechtsverhältnisses nicht mehr zu untersuchen ist. Der Empfänger des Anerkenntnisses kann sich fortan einfach auf das Anerkenntniß beziehen[16]); er kann sich einem Zurückgehen auf die anerkannten Verhältnisse in demselben Maße widersetzen, wie der Empfänger eines Schuldbekenntnisses der Rücknahme dieses Versprechens[17]). Der Vertrag kann von der einen Seite nicht mehr willkürlich gelöst werden[18]). Hiernach sind die Erfordernisse des Anerkennungsvertrages zu bestimmen.

a) Der Hauptfall der negativen Anerkennungsverträge ist schon früher behandelt. Es ist die Anerkennung des Nichtbestehens einer Verpflichtung[19]). § 397 Abs. 2 BGB. Sie geht dem Schulderlaß parallel[20]), weil es praktisch gleichgültig ist, zu sagen, daß man „nicht fordern könne" oder „nicht mehr fordern wolle". Davon ist hier nicht weiter die Rede[21]).

b) Ebenso muß der positive Anerkennungsvertrag dem Vertrage auf Erzeugung der in Frage stehenden Rechtswirkungen parallel gehen[22]). Das Gesetz muß die vertraglich acceptirte Erklärung gleichbehandeln, mag sie nun lauten: „ich erkenne an, daß Du

---

14) Das Detail ergibt sich daraus, daß eben nicht alle Rechtswirkungen durch einfachen Vertrag geschaffen werden können. S. o. Bd. I § 79.

15) D. h. als bestehend oder nicht bestehend anerkannten. Das Gesagte bezieht sich auch auf den negativen Anerkennungsvertrag.

16) Wie der Empfänger eines Schuldbekenntnisses nach § 304 zu Note 8.

17) In diesem Sinne spricht man von der Anerkennung als Verpflichtungsgrund.

18) Dasselbe gilt für die Erhebung von Einwendungen aus dem ursprünglichen Rechtsverhältniß. S. übrigens unten § 306.

19) S. o. § 195 Ziff. II.

20) Bedarf also insbesondere nicht der Schriftform des positiven Anerkennungsvertrages (§ 781 BGB.). Die Befreiung des Schuldners wird begünstigt.

21) Ebenso ist die Anerkennung von Einwendungen gegen eine Forderung zu behandeln, wenn das Ergebniß des Einwands ist, daß die Forderung nicht entstanden oder zur Zeit erloschen ist. S. o. Bd. I § 126 I Ziff. 1. Anders verhält es sich mit rechtshemmenden Einwendungen (eod. Ziff. 2). Hier handelt es sich um die Anerkennung eingewendeter Hauptrechte oder Einrederechte. Diese ist positive Anerkennung, auf die also die Vorschriften unten lit. b Anwendung finden.

22) Die Anerkennung wirkt daher auch für die Rechtsnachfolger der Parteien und sonstige Betheiligte geradeso, wie die entsprechende direkte Zuwendung.

Eigenthümer bist" oder: „ich mache Dich zum Eigenthümer"; — „ich erkenne an, schuldig zu sein" oder „ich verspreche zu zahlen"[23]). Damit bestimmen sich Erfordernisse und Wirkungen des positiven Anerkennungsvertrags im Einzelfalle.

α. Geht er auf Anerkennung einer Schuld (Schuldanerkenntniß), so muß er den Erfordernissen der Schuldbegründung entsprechen; also wenn nicht das Anerkenntniß den Schuldgrund in sich aufnimmt[24]), die Voraussetzungen beobachten, unter denen das selbständige Schuldversprechen gültig ertheilt werden kann[25]). §§ 781, 782 BGB. Das Anerkenntniß muß also, um gültig zu sein, regelmäßig schriftlich erfolgen (durch Uebergabe eines Schuldscheins), während die Annahme auch formlos geschehen kann[26]). Bedürfte die Schuldbegründung zu ihrer Gültigkeit einer stärkeren Form, sei es zufolge des Objekts (§§ 311, 313 BGB.) oder des Schuldgrundes (in Verfolg dessen die Anerkennung geschah), so ist diese Form zu beobachten[26]). Dagegen ist die Anerkennung eines Vollkaufmanns nach § 350 HGB., sowie die Anerkennung des Saldo einer unter den Parteien vollzogenen Abrechnung auch hier formlos gültig[27]); ebenso die Schuldanerkennung im Vergleich, weil sie gar nicht abstrakt ist[28]). § 782.

β. Dagegen macht die Anerkennung des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte den Empfänger des Anerkenntnisses gewöhnlich nicht zum Eigenthümer, weil dazu der Abschluß des dinglichen Vertrages (Uebergabe, Auflassung) gehört. Die Anerkennung hat hier nur den Charakter eines Rechtstitels für diese Akte[29]). Sie stützt sie also obligatorisch[30]), wenn sie den Erfordernissen eines gültigen Schuldanerkenntnisses entspricht. Doch kommt es vor, daß die mangelnde Form des letzteren durch Nachholung des dinglichen Vertrags geheilt wird. S. z. B. §§ 313 i. f.,

---

23) Das Schuldanerkenntnis schließt regelmäßig das Zahlungsversprechen vernünftigerweise in sich.

24) Wo regelmäßig auch die formlose Schuldbegründung gültig ist ꝛc. S. o. § 166. Wegen der Angabe des Schuldgrundes im Schuldschein vgl. § 304 Ziff. 2.

25) S. o. § 304 insbes. Ziff. 3.

26) Der Schuldschein lautet z. B.: Unterzeichneter bekennt, 1000 Mark schuldig zu sein (oder 1000 Mark zu verschulden). Als Annahme genügt Annahme des Schuldscheins.

26) Z. B. die Schenkungsform. Vgl. § 518 BGB. Es gelten die Ausführungen oben § 304 Note 18 ff.

27) Aus denselben Gründen wie das Schuldversprechen auf gleicher Basis. S. o. § 304 Note 20 ff.

28) S. o. § 301 Note 36.

29) Vgl. Bd. I § 71 Ziff. 10.

30) S. o. Note 16 ff. Eventuell auch mit Rückwirkung (aber nur obligatorisch unter den Parteien). Arg. § 141 Abs. 2 BGB.

518 Abs. 2 BGB. Soweit der Empfänger des Anerkenntnisses schon Besitzer der Sache oder mit dem anerkannten Recht im Grundbuch eingetragen war, ist auch die Anerkennung formlos gültig[31]).

γ. Wo eine Verfügung durch einfachen Vertrag geschehen kann[32]), wie bei der Abtretung von Forderungsrechten, Urheberrechten 2c. (§§ 398, 413 BGB.), bedarf auch die Anerkennung des betreffenden Verhältnisses keiner weiteren Form[33])[34]).

4. Hiermit ist zugleich die Stellung des Anerkennungsvertrags im Schuldrecht erklärt. Er gehört dahin nicht mehr und nicht weniger als der Vergleich[35]). Zwar können unzählige Rechte und Rechtsverhältnisse gegebenenfalls durch Anerkennung geschaffen werden, aber sie alle finden darin nur ihren obligatorischen Rechtfertigungsgrund, der die willkürliche Umstoßung verhindert[36]).

B. Verhältniß des selbständigen Schuldversprechens und der Anerkennung zum Schuldgrunde.

§ 306.

1. Wir sahen, daß das selbständige Schuldversprechen und die Anerkennung, wenn sie der Wahrheit nicht entspricht[1]), eine Zuwendung enthält[2]), deren Grund so verschieden sein kann, wie der von Zuwen-

---

31) Per arg. a minori ad maius, und bei Mobilien arg. § 929 Satz 2 BGB. Und arg. § 397 Abs. 2 BGB., da hier der Anerkennende auf entgegenstehende Ansprüche verzichtet.

32) So auch im Fall der Anerkennung des Eigenthums an einer Mobilie, die sich im Besitze eines herausgabepflichtigen Dritten befindet, weil die Tradition nach § 931 BGB. hier formlos (durch Abtretung des Herausgabeanspruchs) geschehen kann.

33) Die Anerkennung dinglicher Rechte durch einen Nichtberechtigten gibt dem Anerkennungsempfänger geradesoviel Rechte, als ihm auch die entsprechende Verfügung des Nichtberechtigten verleihen würde. Es kommt darauf an, unter welchen Umständen sich die Anerkennung vollzieht. So kann sie, wenn der Anerkennungsempfänger den Besitz der Mobilie vom Anerkennenden erlangt hatte, als traditio brevi manu wirken. § 932 Abs. 1 i. f. BGB. Aehnlich bei Anerkennung eines Nießbrauchs nach § 1032.

34) Die Anerkennung rechtshemmender Einwendungen gegen einen Anspruch (s. o. Note 21) bedarf jedenfalls dann nicht der Schriftform, wenn das dem Anspruch entgegenstehende Recht kein Schuldverhältniß ist. Anders wenn z. B. gegen die rei vindicatio der Einwand der Miethe anerkannt wird (vgl. § 986 BGB.).

35) S. o. § 301 zu Note 11 ff.

36) Dazu bedürfte es vielmehr der Beseitigung des Anerkennungsgeschäfts (der causa jener Rechtswirkung) durch Anfechtung oder condictio. S. u. § 306.

1) Vgl. o. § 305 Ziff. 2b.

2) Hier und im Folgenden ist immer vorauszusetzen, daß der Vertrag an

dungen überhaupt. Wird der Rechtsgrund dieser Zuwendung im gegebenen Falle objektiv vereitelt[3]), so ist die Zuwendung grundlos und unterliegt der Rückforderung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung[4]). § 812 ff. BGB.[5]).

Nicht anders verhält es sich aber auch dann, wenn die Anerkennung, als sie abgegeben wurde, der Wahrheit entsprach. Denn auch dann schuf sie einen neuen Rechtstitel für die anerkannte Rechtswirkung, und dieser Titel unterliegt der Entkräftung, wie wenn er eine Zuwendung enthielte[6]). Fällt also die anerkannte Rechtswirkung nachträglich zusammen, so muß dennoch der neue Titel (das Anerkenntniß) für sich angegriffen und damit aus der Welt geschafft werden.

2. Doch genügen diese einfachen Sätze nicht ganz. Ist auch das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß abstrakt gültig, so ist doch der materielle Schuldgrund hier nicht ohne Bedeutung[7]). Ist der Schuldgrund unsittlich[8]) oder aus anderen öffentlichrechtlichen Gründen unerlaubt[9]) oder gesetzlich mißbilligt[10]), so ist der Mangel des Schuldgrundes auch dem auf dieser Basis abgegebenen Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß entgegenzusetzen, weil andernfalls der Umgehung des Gesetzes Thür und Thor geöffnet würde[11]). Arg. § 518 Abs. 1 i. f., §§ 656 Abs. 2, 762 Abs. 2 BGB.[12]). Ist hiernach das Grundgeschäft nichtig oder die Erfüllung nicht erzwingbar, so gilt dasselbe

sich gültig war. Darüber entscheiden die allgemeinen Grundsätze; s. Bd. I §§ 83 ff. (z. B. über Anfechtbarkeit wegen Irrthums, Betrugs 2c.).

3) Z. B. man hat anerkannt oder eine Zahlung versprochen, weil man den Empfang der Valuta als Darlehen erwartete, und die Valuta bleibt aus.

4) S. Bd. I § 75 Ziff. 2 (bes. lit. b) u. unten §§ 317 ff.

5) S. insbes. § 812 Abs. 2 BGB. über die Kondiktion der Anerkennung. Ebenso ist das abstrakte Schuldversprechen nicht weniger als eine reelle Leistung kondizirbar.

6) S. o. § 305 Ziff. 3. Man will der Untersuchung enthoben sein, ob das Anerkannte wirklich wahr war oder nicht. Vielfach weiß man es gar nicht genau. Man hält sich fortan an den neuen Rechtstitel.

7) Sein Ausschluß aus dem Vertrage beruht auf dem Privatwillen der Kontrahenten. Dieser Privatwille kann sich nicht über Sätze der öffentlichen Ordnung hinwegsetzen, die z. B. die Ungültigkeit oder Unklagbarkeit gewisser Verpflichtungen aussprechen (s. o. Bd. I §§ 79, 85).

8) Z. B. Vergütung für Unzucht, Kuppelei, Verrath militärischer Geheimnisse 2c.

9) Z. B. als wucherisches Geschäft.

10) Z. B. als Spielschuld, Schuld aus Differenzgeschäft, Ehemaklerlohn u. s. w.

11) Ebenso wie oben § 304 Note 19. Die dort cit. Bestimmungen (z. B. §§ 518, 2301 BGB.) sind daher auch gewichtige Stützpunkte für die im Text vertretene Ansicht.

12) Entsprechend im röm. Recht bei Stipulationen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen: s. z. B. l. 3 § 10, l. 11, 33, 39 pr., 48 Dig. de don. i. vir. et ux. 24, 1; l. 27, 123 Dig. de V. O. 45, 1.

13) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 1 S. 169, Bd. 3 S. 359, Bd. 10 S. 387,

auch für das darüber ertheilte Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß[13]). § 817 BGB. ist auf diesen Fall nicht anwendbar[14]). Freilich muß auch hier der Schuldner, wenn er in Anspruch genommen wird, dem Gläubiger beweisen, daß der Akt nichtig ist[15]), was äußerlich einer Art Anfechtung des Schuldscheins gleichkommt[16]).

3. Soweit ein wirklich bestehendes Schuldverhältniß anerkannt oder dessen Erfüllung versprochen wurde, treten auf Grund des dafür gegebenen neuen Schuldtitels zwei Ansprüche nebeneinander, die nach allgemeinen Grundsätzen konkurriren[17]). Hat der neue Titel zugleich beschränkende Bedeutung, d. h. verbindet sich mit ihm das negative Anerkenntniß, daß der Gläubiger nicht mehr als das nunmehr Bestimmte zu fordern habe, so beschränken sich dessen Ansprüche auf den festgesetzten Umfang[18]).

III. Anweisung*.

§ 307.

A. Begriff, Zustandekommen und Elemente der Anweisung.

1. Anweisung im hier besprochenen Sinne eines formalisirten, von seinem wirthschaftlichen Anlaß unabhängigen Geschäfts[1]) ist nur die

Bd. 23 S. 226 u. d. RG. Bd. 5 S. 124, Bd. 8 S. 97, sowie in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 34 S. 1219.

14) Zustimmend Lotmar, Der unmoralische Vertrag (1896) S. 63; Klingmüller a. a. O. S. 84; Dernburg § 90 i. f.; Cosack § 162 IV Ziff. 3. A. M. Oertmann zu § 817 Note 3 u. i. d. deutsch. Juristenzeitung 1902, S. 105; Collatz a. a. O. S. 141. Irrig ist es (Planck § 817 Note 1), den § 817 BGB. auch für anwendbar zu erklären: denn soweit Nichtigkeit der Zuwendung vorliegt, kann von einer Kondiktion keine Rede sein. Vindikation und Kondiktion schließen sich aus. S. u. § 322. Nur eine Rückforderung des Schuldscheins kann in Frage kommen.

15) Bezw. daß einer der Noten 8—10 erwähnten rechtlich mißbilligten Schuldgründe vorliegt.

16) Vgl. o. § 304 nach Note 19.

17) Vgl. Bd. I § 121 Ziff. 3. Z. B. insoweit das Erfüllungsversprechen oder die Anerkennung hinter der Hauptverbindlichkeit zurückbleibt, kann gleichwohl das Ganze gefordert werden, es sei denn daß sich aus der Vertragsabsicht ein Anderes ergibt. S. das Folgende.

18) So wenn das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß auf Grund einer Abrechnung ertheilt wurde. Vorbehaltlich der Kondiktion des negativen Anerkenntnisses nach Ziff. 1 oder der Anfechtung wegen Irrthums ꝛc.

*) Vgl. v. Plucinski im Archiv f. civ. Praxis Bd. 60 S. 352; Cohn in Endemann's Handb. d. Handelsrechts Bd. 3 S. 1093; Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht (1895); Lenel in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 36 S. 113; Jacobi, Die Werthpapiere im bürgerlichen Recht (1901) S. 239, 292 ff. — Dernburg §§ 237 ff.; Endemann I § 195; Cosack § 151; Mathiaß I § 135; Enneccerus I §§ 333 ff.

1) Vgl. o. § 303 Ziff. 2 b. — Ueber den Gegensatz s. u. zu Note 9.

schriftliche Anweisung auf Geld, Werthpapiere und andere vertretbare Sachen. Nur diese paßt gleichmäßig auf eine unbeschränkte Anzahl von Verbindlichkeiten, derart daß die einmalige effektive Leistung gleichzeitig mehrere Schuldverhältnisse begründen[2]) oder erledigen kann[3]). Das Bedürfniß der Schriftlichkeit der Anweisung ergibt sich dabei von selbst. Denn die Beziehung der Leistung zu mehreren Schuldverhältnissen wäre mündlich kaum festzuhalten. Das Papier fixirt die wesentlichen Punkte und betheiligten Personen, nicht nur für die Leistung selbst, sondern auch für die nachherige Deckung des Leistenden.

Die Anweisungsschuld wird von dem Prinzip der Formelstrenge beherrscht[4]). Um auf die mehreren Schuldverhältnisse zu passen, die sie begründen, verändern oder lösen soll, muß die in der Anweisung verbriefte Leistung von der Eigenart jener Schuldverhältnisse befreit, — auf diejenigen Merkmale beschränkt werden, die ihnen allen gemeinsam sind. Das sind im Wesentlichen nur: der spezielle nach Qualität und Quantität bestimmte Leistungsgegenstand, die betheiligten Subjekte, Zeit[5]) und Ort der Leistung. Allerdings kann die Anweisung auch noch ein Mehreres enthalten, z. B. die Leistungspflicht von Bedingungen oder von einer zu bewirkenden Gegenleistung u. dgl. abhängig machen, oder den Schuldgrund angeben[6]). Das Gesetz stellt in dieser Hinsicht keine Schranken auf[7]). Unter Umständen kann die Spezialisirung der Leistungspflicht dem Interesse der Betheiligten entsprechen[8]); regelmäßig entspricht sie ihm nicht, weil sie die Anweisung ihrer Schneidigkeit beraubt. Der Zweck, zu dem sie das Verkehrsbedürfniß erfunden hat, besteht in der Schaffung eines möglichst voraussetzungslosen Anspruchs auf Zahlung, damit letzterer von einem Schuldverhältniß auf das andere „überwiesen" werden kann.

Aus dem Gesagten erhellt, daß die Anweisung in diesem Sinne

---

2) Z. B. ein Kreditverhältniß (Darlehen ꝛc.) durch Valutazahlung. Hierhin gehört auch das Institut der Kreditbriefe (besonders zur Uebermittelung von Leistungen an einen anderen Ort).

3) Z. B. als Erfüllung einer geschuldeten Leistung.

4) S. o. § 303 Ziff. 3.

5) Danach unterscheidet man Anweisung auf Sicht d. h. zu sofortiger Leistung bei der Präsentation, oder auf Leistung zu bestimmter anderer Zeit (auch auf bestimmte Zeit nach Sicht).

6) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 1 S. 69 ff. u. d. RG. Bd. 11 S. 186.

7) Anders beim Wechsel. S. Art. 4 ff. WO.

8) Aus dem Inhalt der Anweisung können dann ebensoviel Einwendungen gegen die Leistungspflicht hergeleitet werden. § 784 Abs. 1 BGB.

weit emporgehoben ist über die Bedeutung gewöhnlicher Zahlungsaufträge und Ersuchen auf Leistungen aller Art[9]). Diese sind nicht unempfindlich gegen Existenz und Eigenart der betreffenden Schuldverhältnisse, zu deren Abwickelung sie bestimmt sind; es gelten die allgemeinen Grundsätze des Versprechens an Erfüllungsstatt, der Schuldumwandelung, des Auftrags u. dgl.[10]). Das hier besprochene Anweisungsrecht findet darauf nur beschränkt Anwendung[11]).

2. Bei der Anweisung sind drei Subjekte betheiligt: der Anweisende, der die Urkunde ausstellt[12]), — der Angewiesene, an den die Urkunde gerichtet ist, indem sie ihn um die darin angegebene Leistung ersucht, — und der Anweisungsempfänger, an den die Leistung erfolgen soll. Letzterem wird die Urkunde vom Anweisenden ausgehändigt, damit er sich mit ihr zum Angewiesenen begebe und die Leistung erhebe[13]). Der Angewiesene ist nur gegen Aushändigung der Urkunde zur Leistung verpflichtet. § 785 BGB.[14]).

Damit sind sofort zwei Rechtsverhältnisse bezeichnet, zu deren Abwickelung die Anweisung bestimmt ist[15]): das des Anweisenden zum Angewiesenen, und das des Anweisenden zum Anweisungsempfänger. Beide haben den Charakter von Rechtsgründen[16]) der Anweisung[17]). Ist z. B.

a) der Angewiesene Schuldner des Anweisenden[18]), so befreit

9) Diese brauchen auch nicht schriftlich zu sein.

10) Insbesondere der sog. Delegation. S. o. §§ 187, 188, 253 2c.

11) Soweit die gesetzlichen Bestimmungen weder mit dem Erforderniß der Schriftform, dem Gegenstand der Anweisung (Geld, Werthpapiere, vertretbare Sachen), noch mit dem Grundsatz der Formelstrenge (Note 4) zusammenhängen. Dies beeinträchtigt insbesondere die analoge Anwendbarkeit der §§ 783, 784—786 u. 792 BGB. auf andere gewöhnliche Anweisungen.

12) Damit gibt er regelmäßig den Anstoß zur Anweisung.

13) Die Anweisung in dieser Gestalt ist in der italienischen Jurisprudenz und Praxis entstanden und von der modernen Wissenschaft und Rechtsprechung entwickelt. Ihre Hauptausbildung hat sie im Handelsrecht erfahren (in den Instituten der kaufmännischen Kreditbriefe, des Checks und des gezogenen Wechsels). Auf diese Spezialitäten ist hier nicht einzugehen.

14) Theilleistungen z. B. auf Grund eines eröffneten Kredits werden verkehrsüblich blos auf der Urkunde vermerkt. Herausgabe des Briefs kann erst nach völliger Erschöpfung des Kredits verlangt werden. Dies verträgt sich mit § 785 BGB., da dieser nicht zwingend ist.

15) Die Abwickelung weiterer Rechtsverhältnisse ist möglich durch Begebung der Anweisung seitens des Empfängers an dritte Personen (§ 792 BGB.). Davon wird später die Rede sein.

16) S. o. Bd. I §§ 74 i. f. u. 75.

17) Und zwar, da die komplette Anweisung sich aus Begebung der Anweisungsurkunde und der Annahmeerklärung des Angewiesenen zusammensetzt (s. u. Ziff. 5), von Rechtsgründen der Begebung und der Annahme.

18) Hier redet man von Anweisung auf Schuld. § 787 BGB. Die Bezugnahme braucht keineswegs aus der Anweisung hervorzugehen.

ihn die auf Grund der Anweisung an den darin bezeichneten Empfänger gemachte Leistung auch gegenüber dem Anweisenden, da letzterer dies so will. Umgekehrt kann, wenn sie sich vorher nichts schuldeten, dadurch ein Kreditverhältniß zwischen ihnen begründet werden[19]).

b) Ist anderseits der Anweisende Schuldner des Anweisungsempfängers, so wird der Anweisende von dieser Schuld durch die vom Angewiesenen bewirkte Leistung frei, weil sie nach Inhalt der Anweisung dem Empfänger als eine vom Anweisenden ausgehende zukam. Ebenso kann, wenn diese Personen sich nichts schuldeten[20]), durch die solcherart vermittelte Leistung ein Kreditverhältniß zwischen ihnen begründet werden[21]).

3. Die Anweisung kann von dem Anweisungsempfänger auch auf einen Dritten übertragen werden[22]). Doch muß die Abtretungserklärung[23]) gleichfalls schriftlich sein, damit die Beziehung des Dritten als Anweisungsempfänger auch dem Angewiesenen gegenüber aus der Urkunde hervorgeht. Auch ist dem Dritten die Anweisung auszuhändigen. § 792 Abs. 1. Der Sinn der Uebertragung ist, daß nunmehr der Dritte die Anweisung präsentiren und die Leistung vom Angewiesenen erheben kann. Die Uebertragbarkeit erhöht die praktische Bedeutung der Anweisung. Denn nun können mittelst derselben nicht nur die Rechtsverhältnisse des Anweisenden zum Angewiesenen und Anweisungsempfänger[24]), sondern auch die des Anweisungsempfängers zu seinem Nachmann und (bei mehrmaliger Abtretung) der Nachmänner untereinander durch einmalige effektive Leistung des Anweisungsbetrags abgewickelt werden, indem in allen diesen Verhältnissen einfach statt der Zahlung die Anweisung

---

19) Anweisung auf Kredit. Z. B. die auf Grund der Anweisung an den Empfänger gemachte Zahlung gilt als ein dem Anweisenden vom Angewiesenen gewährtes Darlehen. — Auch eine Anweisung zum Inkasso kommt vor d. h. zur Einziehung des Anweisungsbetrags durch den Empfänger in eigenem Namen aber für Rechnung des Anweisenden.

20) Auch in dieser Hinsicht kann man also von Anweisung auf Schuld und auf Kredit reden. Doch wird der Ausdruck nur im obigen Falle vom Gesetze technisch gebraucht. S. § 788 BGB.

21) Z. B. der Anweisungsempfänger hat den Anweisenden um ein Darlehen gebeten und empfängt die Valuta mittelst der Anweisung von einem Anderen. Hier entsteht das Darlehen zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger.

22) Falls nicht die Uebertragung vom Anweisenden ausgeschlossen worden ist. Von diesem Fall s. u. zu Note 28.

23) Nicht deren Annahme. S. u. § 309 Ziff. II.

24) Oben Ziff. 2.

25) Freilich vorausgesetzt, daß die Anweisung bei Verfall richtig eingelöst wird. Ueber die mit Rücksicht hierauf erfundene Parömie: „Anweisung ist keine Zahlung" s. noch unten § 308.

weiterbegeben wird[25]). Auch diese Rechtsverhältnisse können die denkbar verschiedensten sein. Der Vormann kann dem Nachmann mit der Anweisung übermachen, was er ihm schuldete, — er kann ihm die Valuta kreditiren oder schenken ꝛc.[26]): für die Anweisung hat alles dies keine andere Bedeutung als die eines Rechtsgrundes der Uebertragung[27]).

Uebrigens kann die Uebertragbarkeit vom Anweisenden ausgeschlossen werden. § 792 Abs. 2. Dies entspricht dem Verkehrsbedürfniß nicht. Es erscheint als Ausnahme. Ist daher der Ausschluß der Uebertragung nur dem Anweisungsempfänger gegenüber erklärt, so bindet dies den Angewiesenen nicht; es sei denn daß der Ausschluß aus der Anweisungsurkunde erhellt oder dem Angewiesenen vom Aussteller besonders mitgetheilt ist: und zwar bevor der Angewiesene sich dem Empfänger gegenüber zur Leistung des angewiesenen Betrags verpflichtete[28]) oder die angewiesene Leistung bewirkte[29]).

4. Abgesehen hiervon gehört eine direkte Mittheilung des Anweisenden an den Angewiesenen, daß er sich wegen einer Leistung auf ihn bezogen habe, nicht zum Wesen der Anweisung. Vielmehr wird letztere regelmäßig dem Angewiesenen durch den Anweisungsempfänger übermittelt, und der Angewiesene pflegt sich nach Präsentation auf der Urkunde selbst durch schriftlichen Vermerk (Annahme) zur Bewirkung der anweisungsmäßigen Leistung zu verpflichten[30]). § 784[31]). Direkte Schreiben des Anweisenden an den Angewiesenen und umgekehrt (sog. Avisbriefe) haben nur für das Verhältniß dieser Personen zueinander Bedeutung[32]) und können danach unter Umständen erforderlich sein. Zum Anweisungsgeschäft gehören sie nicht.

---

26) Auch die Uebertragung der Anweisung kann also (wie diese selbst) auf Schuld oder auf Kredit erfolgen.

27) S. o. Note 16. — Von der Uebertragung der Anweisung wird erst am Schluß der Lehre (§ 309 i. f.) im Einzelnen die Rede sein.

28) Durch Annahme der Anweisung. S. darüber unten Ziff. 7.

29) Solchenfalls hat er also auch dem etwaigen legitimirten Nachmann des Anweisungsempfängers auf das Papier wirksam (d. h. anweisungsgemäß) geleistet, und hat die entsprechenden Rechte aus der Leistung (z. B. auf Regreß wider den Anweisenden).

30) Darüber s. u. Ziff. 7.

31) Deshalb ist auch die Postanweisung der deutschen Reichspost keine Anweisung in unserem Sinne. Ebensowenig der sog. rothe Check der Reichsbank. In beiden Fällen handelt es sich um Ersuchen des Absenders resp. Antragstellers an das betreffende Reichsinstitut (dem Adressaten der Postanweisung zu zahlen oder dem bezeichneten Girokunden eine Summe gut- und sie dem Auftraggeber zur Last zu schreiben). S. auch o. § 271 Note 2.

32) S. o. Ziff. 2a über die betreffenden „Grundverhältnisse".

5. Die Hauptpunkte der Anweisung sind vielmehr die folgenden:

a) ein schriftliches Ersuchen des Anweisenden an den Angewiesenen, ein bestimmtes Quantum Geld, Werthpapiere oder andere vertretbare Sachen in eigenem Namen, aber für Rechnung des Anweisenden, einem bezeichneten Dritten (dem Anweisungsempfänger) zu leisten[33];

b) Aushändigung dieser Urkunde an den Anweisungsempfänger[34] mit der Ermächtigung, die darin bezeichnete Leistung gegen Aushändigung der Urkunde vom Angewiesenen zu erheben;

c) eventuell schriftliche Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen auf der Urkunde, falls der Anweisungsempfänger von der ihm ertheilten Ermächtigung Gebrauch macht d. h. die Anweisung dem Angewiesenen präsentirt[35] und letzterer auf das Ersuchen eingeht[36]. §§ 783, 784 BGB. Doch kann der Angewiesene auch ohne Weiteres zahlen[37]; dann braucht er die Anweisung nicht vorher anzunehmen. Durch die Annahme tritt die Anweisung in ein neues Entwickelungsstadium.

6. Aus dem Gesagten erhellt schon, daß die Ausstellung und Aushändigung der Anweisung nicht den Charakter eines Doppelauftrags hat[38]. Der Anweisungsempfänger ist durch die Aushändigung keineswegs verpflichtet sondern nur ermächtigt, von der Anweisung Gebrauch zu machen d. h. die Leistung beim Angewiesenen zu erheben[39]. Und was den Angewiesenen angeht, so liegt zwar

---

33) Z. B. Zahlen Sie am .... (oder auf Sicht oder 1 Monat nach Sicht u. dgl.) dem Herrn C die Summe von 1000 Mark (oder liefern Sie am .... dem Herrn C gegen Empfang von .... 100 Sack Getreide).
An Herrn B zu ... (Datum) A.

34) Also im obigen Beispiele an C. — Sachenrechtlichen Regeln entsprechend wird aus dem Besitz der Urkunde die ordnungsmäßige Aushändigung derselben an den darin bezeichneten Anweisungsempfänger zu vermuthen sein. Gegenbeweis ist zulässig.

35) Es genügt die einfache Bemerkung auf der Urkunde: Angenommen. B. — Vgl. noch Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 237.

36) Aus Anweisungsrecht folgt nicht, daß der Angewiesene zur Honorirung (Annahme resp. Zahlung) der Anweisung verpflichtet ist. Wohl aber kann er dem Anweisenden aus seinem persönlichen Verhältniß zu letzterem (dem Grundverhältniß Ziff. 2a) dazu verpflichtet sein. S. dazu aber noch unten bei Note 42.

37) Vorausgesetzt, daß nicht der Inhalt der Anweisung entgegensteht, indem der Betrag noch nicht fällig und vorzeitige Leistung ausgeschlossen ist.

38) Eines Auftrags des Anweisenden an den Angewiesenen einer- und den Anweisungsempfänger anderseits. Dies wurde lange Zeit auf Grund der Autorität von Thöl (Handelsrecht I § 325) angenommen.

39) Die Urkunde wird ihm häufig nur in seinem eigenen Interesse ausgehändigt, z. B. ein Kreditbrief. Ist er ausnahmsweise verpflichtet, von der Anweisung Gebrauch zu machen, so geht dies selbständig nebenher.

in dem Zahlungsersuchen regelmäßig ein Auftrag[40]), aber doch nicht immer, da das Grundverhältniß dem widersprechen kann[41]). Zur Annahme der Anweisung ist der Angewiesene dem Anweisenden selbst dann nicht verpflichtet, wenn er ihm einen gleichen Betrag wie in der Anweisung verzeichnet, schuldet[42]). § 787 Abs. 2 BGB. Dagegen muß der Anweisende die nach dem Inhalt der Urkunde erfolgte Zahlung des Anweisungsbetrags selbst dann gegen sich gelten lassen[43]), wenn sie ohne formelle Annahme auf der Urkunde erfolgte[44]). Vgl. § 790 BGB.

In der Anweisung liegt hiernach kein Doppelauftrag, wohl aber eine Doppelermächtigung (an den Angewiesenen und den Anweisungsempfänger). Diese ist eine Ermächtigung zum Handeln in eigenem Namen, also keineswegs eine Vollmacht. § 783.

7. Eine Verpflichtung des Angewiesenen entsteht durch Annahme der Anweisung. Diese ist eine formalisirte Erklärung auf der Urkunde[45]) — ein selbständiges Rechtsgeschäft des Angewiesenen mit bestimmter Wirkung gegenüber dem Anweisungsempfänger[46]). Diesem ist der Annehmende nunmehr nach Inhalt der Urkunde zur Leistung verpflichtet, falls er nicht der Annahme besondere Beschränkungen[47]) hinzugefügt hat[48]). Letzterenfalls hält sich seine

40) Der dann durch Annahme des Ersuchens von Seiten des Angewiesenen zu Stande käme. Aber die Annahme ist hier formalisirt (§ 784 BGB.) und erzeugt eigenartige Wirkungen. S. auch die folgende Note.

41) Es wurde daher die Bestimmung der Entwürfe (§§ 610, 623) gestrichen, daß das Verhältniß des Angewiesenen zum Anweisenden im Zweifel nach Auftragsgrundsätzen zu beurtheilen sei. Darüber entscheidet das Grundverhältniß (nicht das Anweisungsrecht).

42) Wohl aber kann eine Verpflichtung zur Annahme anderweitig übernommen sein. — Dem Anweisungsempfänger gegenüber besteht erst recht keine Verpflichtung zur Annahme.

43) Verpflichtet zur Zahlung vor der Annahme ist der Angewiesene überhaupt nicht. S. Ziff. 7.

44) Es sei denn daß dem Zahlenden vorher oder gleichzeitig ein Widerruf des Anweisenden zugegangen war. Letzterenfalls hat der Zahlende nur nach den Grundsätzen der auftraglosen Geschäftsführung auf Deckung Anspruch. S. u. § 809.

45) Also schriftlich. S. o. Note 35. Dieselbe ist einseitige Erklärung, kein Vertrag mit dem Anweisungsempfänger. Folgen bei Note 58. Weil aber die Erklärung auf der Urkunde erfolgt, wird die Annahmeerklärung mitsammt der Urkunde schließlich dem Anweisungsempfänger ausgehändigt.

46) Eine mündliche Annahme — das Versprechen, die Anweisung zu honoriren — wäre nicht unverbindlich, aber vom Nachweis der causa abhängig und allen Einwendungen aus jener causa ausgesetzt. Das mündliche Versprechen ist nur als Vertrag gültig, während die schriftliche Annahme auf der Anweisung die Wirkungen des Textes auch dann hat, wenn sie ohne oder gegen den Willen des Annehmenden in die Hände des Anweisungsempfängers gelangt.

47) Auch Bedingungen. Vgl. Wendt S. 172.

Verpflichtung in den Grenzen der Annahme. Dagegen ist die Verpflichtung *unabhängig von dem Grunde der Annahme*[49]), dem Rechtsverhältniß des Annehmenden zum Anweisenden[50]); es können also daraus dem Anweisungsempfänger keine Einwendungen entgegengesetzt werden[51]). § 784 Abs. 1 BGB. Hierdurch wird die Verpflichtung aus der Anweisung eine *selbständige, farblose Verpflichtung auf den in der Anweisung verbrieften Gegenstand*, und eignet sich als solche vorzüglich zum Verkehr in Form der Weitergabe der Urkunde an dritte Personen[52]).

Durch die Annahme wird also die Anweisung recht eigentlich dem Zwecke dienstbar, zu dem sie von der Rechtsordnung erfunden worden ist. Sie ähnelt dem abstrakten Schuldversprechen[53]); nur daß letzteres hier auf der eigenthümlichen Basis der Beziehungen des Anweisenden zum Angewiesenen einerseits und zum Empfänger anderseits erfolgt und diese Beziehungen gleichzeitig abwickeln soll[54]).

In Anbetracht der Wichtigkeit der Annahme hat das Gesetz schließlich die Ausgabe *bereits angenommener Anweisungen* zugelassen. Ist dem Empfänger die Weitergabe der angenommenen Anweisung gestattet[55]), warum soll dann nicht auch dem Aussteller *die erste Begebung* einer solchen gestattet sein? Warum soll der Aussteller dem Empfänger die Einholung der Annahme aufbürden, wenn er ihm diese Mühe und die damit verbundene Unsicherheit[56]) abnehmen kann? Jedenfalls wird auch die acceptirte Anweisung *leichter genommen*[57]), da

---

48) Z. B. im Falle Note 33: „Angenommen bis zum Betrage von 500 Mark. B." Dann haftet B anweisungsgemäß nicht auf den vollen Betrag der Anweisung, sondern nur auf die angenommenen 500 Mark. — Hatte er sich früher mündlich verpflichtet, die ganze Anweisung anzunehmen, so verhält es sich mit dem Reste wie in Note 46.

49) S. auch Motive Bd. 2 S. 560.

50) S. o. Ziff. 2a.

51) Und noch viel weniger aus dem Rechtsverhältniß des Anweisenden zum Anweisungsempfänger (oben Ziff. 2b). Dieses geht den Annehmenden regelmäßig nichts an. Anders wenn der Rechtsgrund *in der Anweisung enthalten* war (s. o. Note 8), sowie im Falle § 308 Note 13.

52) S. o. Ziff. 3, u. unten § 309 Ziff. II.

53) Vgl. o. § 304. Schriftlich ertheilt ist das Versprechen in beiden Fällen.

54) Daher die schon erwähnte Beschränkung des Gegenstands auf Geld, Werthpapiere und andere vertretbare Sachen.

55) S. o. Ziff. 3.

56) Nämlich daß die Annahme möglicherweise vom Angewiesenen abgelehnt wird.

57) *Vom Anweisungsempfänger.* Dieser braucht sich überhaupt regelmäßig an Stelle der Baarzahlung nicht mit Anweisungen abspeisen zu lassen (s. o. Note 25). Bei einer bereits angenommenen (wo ihm der Dritte schon verpflichtet ist) wird er eher dazu geneigt sein.

das Risiko der Annahme wegfällt. Aus der Urkunde selbst ist die Reihenfolge der Erklärungen nicht zu ersehen: aus der Reihenfolge können rechtliche Verschiedenheiten nicht hergeleitet werden. Demgemäß kann die Annahme der Anweisung der Ausgabe der letzteren an den Empfänger vorhergehen, d. h. schon auf Ersuchen des Anweisenden erfolgen[58]). Doch wird die Annahme in diesem Falle dem Anweisungsempfänger gegenüber erst mit der Aushändigung der Anweisung wirksam[59]). § 784 Abs. 2.

8. Auf Grund der Anweisung und deren Annahme tritt regelmäßig ein neuer Anspruch[60]) neben die bisherigen (aus den der Anweisung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnissen). Die Anweisung hat keineswegs den Sinn, die alten Rechtsverhältnisse wie durch Erfüllung aufzuheben. Auch dann nicht, wenn die Anweisung angenommen worden ist. Denn wer kann wissen, ob sie demnächst auch von dem Annehmenden bezahlt wird[61])? Eine Aenderung in der Person des Schuldners braucht sich der Gläubiger hier sowenig wie sonst gefallen zu lassen, und sie ist bei der Anweisung auch gar nicht beabsichtigt. Vielmehr hat nach Annahme der Anweisung häufig der Anweisungsempfänger zwei Schuldner[62]), oder der Annehmende ist zwei Personen verpflichtet[63]) (aus der Anweisung und aus dem betreffenden Grundverhältniß). Vgl. § 788 BGB.

Selbstverständlich soll aber aus der doppelten Verpflichtung keine doppelte Leistung folgen. Daher tilgt die aus der Anweisung erfolgende Leistung die Verpflichtung aus dem Grundverhältniß. §§ 787 Abs. 1, 788. Würde dagegen die Verpflichtung aus dem Grundverhältniß früher getilgt, so gilt nicht umgekehrt das Gleiche, da die Verpflichtung aus der Anweisung selbständige Gültigkeit besitzt[64]).

58) Die Annahme ist wie bemerkt kein Vertrag des Annehmenden mit dem Anweisungsempfänger.

59) Denn erst dann ist die Anweisungssituation und sind die drei Subjekte der Anweisung vorhanden. — Ob der Annehmende dem Anweisenden aus der Annahme verpflichtet ist, beurtheilt sich nach allgemeinen Grundsätzen, wie das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältniß überhaupt. Z. B. in der Annahme kann eine Anerkennung jenes Verhältnisses liegen u. s. w.

60) Vgl. o. § 306 Ziff. 3.

61) In diesem Sinne sagt man: Anweisung ist keine Zahlung. — Im Gegensatz zum röm. Recht, wo es hieß: qui delegat, solvit. Vgl. l. 18 Dig. de fidejuss 46, 1. Dieser Satz ist heute überhaupt nicht mehr haltbar. S. o. § 187 Note 29. Wendt S. 44; Lenel S. 128 ff.

62) Wenn ihm schon vorher der Anweisende etwas schuldig war.

63) Wenn er schon vorher dem Anweisenden etwas schuldig war (s. o. Ziff. 2).

64) Z. B. der Angewiesene hatte sein Accept dem Anweisenden im Voraus (§ 784 Abs. 2) gegeben, und danach kommen die Beiden auf Baarzahlung über-

Aber der durch die Doppelleistung Bereicherte hat das zuviel Erlangte dem Benachtheiligten herauszugeben[65]). §§ 812 ff. BGB.

Ueberhaupt soll nach der Parteiabsicht die Anweisungsschuld zunächst erfüllt werden[66]). Es kann sich daher der Angewiesene der Zwangsbeitreibung der ursprünglichen Schuld bis zur Rückgabe des von ihm ausgestellten Anweisungsacceptes widersetzen[67]).

§ 308.

B. Rechtsverhältnisse der Betheiligten.

I. Das Verhältniß des Angewiesenen zum Anweisungsempfänger ist das Zahlungsverhältniß. Der Angewiesene soll dem Anweisungsempfänger nach dem Inhalt der Anweisung leisten. Freilich ist er dazu nicht schon durch die Anweisung, sondern erst durch deren Annahme verpflichtet[1]).

1. Gleichwohl ist das Zahlungsverhältniß auch schon vor Annahme der Anweisung mit deren Aushändigung an den Empfänger vorhanden. Die Aushändigung hat vermögensrechtliche Wirkungen, die das Recht nicht ignoriren darf. Ist doch der Angewiesene schon jetzt dem Empfänger zur Annahme und damit zur Schuldbegründung für Rechnung des Anweisenden ermächtigt[2]). § 783. Es wächst damit schon jetzt dem Empfänger ein Vermögenswerth zu[3]), den er sogar auf Dritte übertragen kann[4]). Um so mehr bildet derselbe ein Objekt der Zwangsvollstreckung für seine Gläubiger[5]).

2. Ist die Anweisung angenommen, so ist der Angewiesene dem

---

ein, wogegen das Accept zerrissen werden soll. Statt dessen wird es vertragswidrig begeben. Hier muß der Acceptant dem gutgläubigen Anweisungsempfänger nach Inhalt der Anweisung zahlen. (Bei mala fides s. u. § 308 Noten 15—16.)

65) Nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung. S. u. §§ 317 ff. — Eventuell entsteht schon eine entsprechende Einrede gegen die Leistungspflicht.

66) Die Anweisung ist zahlungshalber gegeben.

67) Er hat eine Einwendung gegen die Klage resp. die Zwangsvollstreckung des Anweisenden.

1) S. o. § 307 Ziff. 5—7.

2) S. wegen dieser Ermächtigung schon oben § 307 bei Note 39 ff.

3) Freilich nur ein eventueller (bedingter), weil der Angewiesene nicht anzunehmen braucht und auch der Anweisende die Anweisung bis dahin widerrufen kann (s. § 790 BGB.). Aber sind nicht auch sonst bedingte Rechte ein Vermögensbestandtheil?

4) S. § 792 BGB. u. unten § 309 i. f.

5) Z. B. ein Objekt der Pfändung. Ebenso kann im Konkurse des Anweisungsempfängers der Konkursverwalter die Anweisung präsentiren, also zur Annahme bringen und demnächst einziehen. Ebenso Dernburg § 240 Ziff. I.

Anweisungsempfänger selbständig nach Inhalt der Urkunde[6]) zur Leistung verpflichtet: also unmittelbar und ohne Rücksicht auf den Schuldgrund; auch ohne Rücksicht darauf, ob die Annahme dem Anweisenden oder dem Empfänger gegenüber erfolgt war[7]). Jedoch:

a) Der Angewiesene kann dem Anweisungsempfänger Einwendungen entgegensetzen, die sich aus der Urkunde selbst[8]) oder aus seinen persönlichen Beziehungen zum Anweisungsempfänger ergeben[8]). Also:

α. Einwendungen aus der Gültigkeit der Annahme; z. B. daß sie erzwungen, oder erschlichen, oder von einem in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten ertheilt sei[9]).

β. Einwendungen aus dem Inhalt der Anweisung oder der Annahme; z. B. daß nach der einen oder der anderen die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, oder daß die angewiesene Leistung bedingt oder noch nicht fällig sei[10]), oder daß die Annahme nur auf einen bestimmten geringeren Betrag erfolgte[11]).

Dagegen gehören nicht hierher Einwendungen aus dem Verhältniß des Anweisenden zum Angewiesenen oder zum Anweisungsempfänger[12]), z. B. des Ausbleibens der Gegenleistung, wenn die Anweisung darüber nichts enthält; oder gar daß die Deckung des Acceptanten durch Konkurseröffnung über das Vermögen des Anweisenden gefährdet sei.

γ. Dagegen kann der Angewiesene dem Anweisungsempfänger alle Einwendungen aus ihrem persönlichen Verhältniß zueinander entgegensetzen. So kann der Acceptant mit Gegenforderungen wider den Anweisungsempfänger aufrechnen, sich auf eine ihm von demselben bewilligte Stundung berufen u. dgl.[13]). — Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Frage zu beantworten, ob eine Fälschung der Anweisung (bei Echtheit des Accepts) der

6) Der Anweisung selbst und deren Annahme. S. o. § 307 Ziff. 7; auch Entsch. d. RG. Bd. 34 S. 35 ff.

7) Vgl. § 307 zu Noten 45, 58.

8) S. o. § 303 Ziff. 2 i. f., § 307 Ziff. 2a u. b.

9) S. o. Bd. I §§ 83 ff. Auf Grund einer Anfechtung ꝛc. — Jedoch mit den Einschränkungen für gutgläubige Erwerber der Anweisung wie bei Inhaberpapieren. S. u. § 310 Ziff. 2. — Wegen verbotener, z. B. unsittlicher Geschäftsbeziehung zum Anweisenden ist die Annahme nicht ungiltig. S. o. § 307 zu Note 52. Anderseits unten Note 13.

10) S. o. § 307 zu Note 6.

11) S. § 307 Note 48.

12) S. u. Ziff. II u. III.

13) Einen solchen persönlichen Charakter können aber auch die bei Note 12 erwähnten Verhältnisse (z. B. Unsittlichkeit der Annahme gegenüber dem Anweisenden) gewinnen, wenn der betreffende Punkt zur Zeit der Annahme dem anderen Theil (z. B. hier dem Anweisungsempfänger) bekannt war.

Forderung des Anweisungsempfängers entgegensteht. An sich ist die Fälschung eine Unregelmäßigkeit, die nur das Verhältniß des Anweisenden zum Empfänger berührt[14]). Wenn letzterer aber selber die Fälschung beging oder wissentlich die gefälschte Anweisung präsentirte, so erwächst dem Angewiesenen daraus eine persönliche Einwendung wider den Empfänger[15]), sei es auch nur die allgemeine Doluseinrede[16]).

b) Der Angewiesene ist nur gegen Aushändigung der Anweisungsurkunde zur Leistung verpflichtet. § 785. Er braucht also nur Zug um Zug zu leisten und hat die entsprechende Einrede[17]).

c) Der Zahlungsanspruch aus der Annahme verjährt in drei Jahren. § 786. Die Verjährungsfrist berechnet sich nach §§ 198 ff. BGB., beginnt also mit der Verfallzeit der Anweisung[18]).

3. Entsprechendes gilt, wenn die Anweisung ohne Annahme vom Angewiesenen bezahlt wird. Auch hier kann also die Aushändigung der Anweisung verlangt[19]) und das Gezahlte nicht aus Gesichtspunkten zurückgefordert werden, welche (nach Ziff. 2) nicht zu Einwendungen wider die Zahlungspflicht verwerthet werden könnten[20]).

14) Auf die sich also der Annehmende nicht berufen kann. S. o. Note 12. Das Verkehrsinteresse verlangt, daß er aus der Annahme verpflichtet bleibt. Er muß sich anderweit erholen. S. u. Note 31. — Dies ist namentlich für die Fälle wichtig, da die Anweisung vor der Präsentation vom Fälscher auf gutgläubige Dritte übertragen worden war (§ 792 BGB.). S. o. § 307 Ziff. 3 u. unten § 309.

15) Unter Umständen kann er die Annahme als erschlichen anfechten.

16) S. o. Bd. I § 36 Note 13 ff. Dernburg § 240 Note 3.

17) Wie bei der Quittung. S. o. § 182 zu Note 67. Um so mehr kann er die Aushändigung nachfordern. — Das Recht des Zahlenden auf Quittung (nach § 368 BGB.) bleibt unberührt.

18) Die Anweisung soll eine beschleunigte Erledigung finden. Vgl. für Wechsel die entsprechende Bestimmung des Art. 77 WO.

19) S. o. bei und in Note 17. Vgl. Jacobi a. a. O. S. 299. Die Anweisung ist Werthpapier. Dagegen behandelt Cosack, der sich (1. Aufl. § 254 Ziff. VI) gegen jede Theilung des Rechts der Werthpapiere ausspricht und sie auch heute noch als geschlossene Rechtsgruppe darstellt, die Anweisung doch abgetrennt unter den Forderungsrechten. Die Vorschrift des § 785 BGB. wurde von der II. Kommission aus dem Grunde eingestellt, weil es für den Angewiesenen wegen des Deckungsanspruchs oder seiner sonstigen Rechtsbeziehungen zum Anweisenden von praktischer Wichtigkeit ist, in den Besitz der Anweisungsurkunde zu kommen. Die Urkunde dient ihm als Beweis, daß er ermächtigt war, an den Präsentanten derselben (den Anweisungsempfänger oder dessen etwaigen legitimirten Nachmann, § 309 Ziff. II) zu zahlen. — Anderseits darf die cit. Vorschrift nicht (mit Cosack) dahin ausgedehnt werden, daß der Angewiesene auch nur gegen Aushändigung der Anweisung zur Leistung ermächtigt sei (d. h. daß andernfalls der Anweisende die Zahlung nicht anzuerkennen brauche). Hiergegen auch Planck § 785 Note 1.

20) Z. B. aus dem Grundverhältniß zwischen dem Zahlenden zum Aussteller der Anweisung, oder zwischen diesem und dem Anweisungsempfänger. Dies folgt per arg. a minori ad maius aus § 784 BGB. S. auch Dernburg § 240 Ziff. V.

II. Zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisenden besteht das Deckungsverhältniß. Es bildet den rechtlichen Grund, aus dem sich der Angewiesene zur Honorirung[21]) der Anweisung versteht. Er thut es regelmäßig, weil er dafür vom Anweisenden gedeckt ist (etwas erhalten hat oder erhalten soll). War der Angewiesene dem Anweisenden etwas schuldig (Anweisung auf Schuld), so erlischt die Schuld in Höhe des auf die Anweisung gezahlten Betrages[22]). § 787 Abs. 1.

Erledigt sich das Deckungsverhältniß nicht einfach in dieser Weise[23]), so kommt es zum Regreß. Diesen hat der Angewiesene auf Grund der Zahlung des Anweisungsbetrags wider den Anweisenden. Die Zahlung beweist er durch den Besitz der Urkunde[24]) Aus ihr ergibt sich auch, ob die Zahlung anweisungsgemäß war[25]). Der Umfang des Regreßanspruchs bestimmt sich nach dem betreffenden Grundverhältniß[26]). Aus letzterem kann sich unter Umständen auch eine Pflicht zur Honorirung der Anweisung ergeben[27]), z. B. aus einem nebenher ertheilten besonderen Auftrag[28]) oder einer längere Zeit hindurch bestehenden entsprechenden Geschäftsverbindung[29]). Die Kehrseite ist, daß solchenfalls[30]) Regreß auch auf die Zahlung einer gefälschten Anweisung gestützt werden kann, wenn dem Angewiesenen die Fälschung bei gehöriger Aufmerksamkeit nicht erkennbar war[31]). Ebenso, daß der Angewiesene schon vor der Zahlung Vorschuß verlangen kann[32]) ꝛc.

21) Annahme resp. Zahlung!

22) S. schon oben § 307 Ziff. 8. Daß aus dem Schuldverhältniß keine Verpflichtung zur Annahme der Anweisung entfließt, das. Ziff. 6.

23) Durch Schuldbefreiung des Angewiesenen (Note 22).

24) Gegen deren Aushändigung er nach § 785 BGB. gezahlt hat. — Ueberdies kann er eine Quittung haben (das Quittungsrecht bleibt unberührt). Eine Amortisation der Anweisung, wenn sie verloren gegangen ist, findet nicht statt. Daher ist die Quittung unter Umständen sehr wichtig.

25) Abweichungen sind (wie stets) auf Gefahr des Leistenden. Vgl. o. § 182. So auch insbesondere, wenn der Angewiesene zu früh zahlte, und hinterher die Anweisung vom Anweisenden vor der Verfallzeit widerrufen wurde (§ 790 BGB.). S. hierzu übrigens unten § 309 Note 10.

26) S. o. § 307 Ziff. 2a. Z. B. kann daraus ein Schadensersatzanspruch hervorgehen, während der Regreß sonst einfach auf Erstattung der gemachten Auslagen nebst Zinsen (§ 256 BGB.) beschränkt ist, oder eventuell (z. B. nach § 790 BGB. oder bei verbotener Geschäftsverbindung) ganz fehlen kann.

27) Wozu jedoch § 787 Abs. 2 BGB. zu vergleichen ist. Das bloße Bestehen einer Schuld zwischen Anweisenden und Angewiesenen erzeugt eine solche Verpflichtung nicht.

28) Der übrigens auch indirekt ertheilt sein kann. S. Bd. I § 86.

29) Danach könnte sich unter Umständen schadensersatzpflichtig machen, wer die Verbindung, auf die der Andere billig rechnen durfte, wortlos abbräche. S. o. Bd. I § 86 Ziff. 3.

30) Also nicht ohne die erwähnte Honorirungspflicht von Anweisungen eines bestimmten Ausstellers.

Die näheren Voraussetzungen des Regresses hat der Angewiesene darzuthun[33]).

III. Endlich steht auch der Anweisende zum Anweisungsempfänger, dem er die Urkunde aushändigte, in einem Rechtsverhältniß. Denn er begibt ihm die Urkunde regelmäßig[34]) um einer Gegenleistung willen, die er von dem Empfänger erhalten hat oder noch erhalten soll. Die Gegenleistung nennt man die Valuta. Und so steht denn der Anweisende zum Anweisungsempfänger in dem sog. Valutaverhältniß.

1. Auch dieses Verhältniß wird nur verschwindend durch das Recht der Anweisung bestimmt. Hatte der Anweisende die Valuta schon erhalten, so wird seine Verpflichtung an den Anweisungsempfänger durch Zahlung des Angewiesenen getilgt[35]). § 788 BGB. Abgesehen davon beurtheilt sich das Valutaverhältniß aus dem betreffenden Grundverhältniß[36]). Z. B. ob der Anweisende die Valuta beitreiben kann und mangels rechtzeitigen Eingangs Schadensersatzansprüche wider den Anweisungsempfänger hat[37]); ob letzterer, mangels Zahlung des Angewiesenen[38]), wider den Anweisenden Regreß nehmen kann. Das allgemeine Anweisungsrecht hat einen solchen Regreß nicht aufgestellt[39]): die Frage ist nach dem Grundverhältniß[40]) oder nach den besonderen Abmachungen der Parteien bei Begebung der Anweisung zu beantworten[41]).

31) Arg. § 670 BGB. — In anderen Fällen kann sich der Zahlende nur an den Fälscher oder eventuell an einen grundlos Bereicherten halten.

32) Arg. § 669 BGB.

33) Vgl. Wendt S. 105 ff. Entsch. d. ROHG. Bd. 1 S. 71, Bd. 7 S. 351, Bd. 10 S. 110 u. 288 und RG. in Seuff. Archiv Bd. 35 S. 411.

34) Wenn er nicht schenken will. — Ueber den Fall der Anweisung zum Inkasso s. o. § 307 Note 19.

35) Dagegen nicht schon mit Begebung der Anweisung oder deren Accept. S. darüber schon oben § 307 Ziff. 8: Anweisung ist keine Zahlung. — Der Satz macht sich in gleicher Weise geltend, wenn die Anweisung in Erwartung der Valuta begeben wurde. Das damit zu begründende Darlehen kommt erst zustande, wenn der Anweisungsempfänger das Geld vom Angewiesenen erhält.

36) Des Anweisenden zum Anweisungsempfänger. S. § 307 Ziff. 2 b.

37) Ebenso ob er aus solchem Grund, wenn es noch Zeit ist (§ 790 BGB.) die Anweisung widerrufen kann. S. darüber unten § 309.

38) Auch auf Grund eines Widerrufs des Anweisenden im Sinne des § 790 BGB.

39) Anders das Wechselrecht im Interesse der Schneidigkeit des Wechselverkehrs (den Regreß mangels Annahme und mangels Zahlung). Art. 25 ff., 41 ff. WO. Vgl. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 13 S. 313.

40) Z. B. bei der schenkungsweise oder zum Inkasso gegebenen Anweisung hätte ein solcher Regreß regelmäßig keinen Sinn. Auch kann er bei Unerlaubtheit der Geschäftsverbindung fehlen.

41) Dann entscheidet der Inhalt der Abrede.

2. Aehnlich verhält es sich mit Beantwortung der Frage, ob der Anweisungsempfänger zur rechtzeitigen Präsentirung der Anweisung zwecks Annahme, und zur Erhebung des Anweisungsbetrags verpflichtet ist. Das Anweisungsrecht verneint eine solche Verpflichtung (§ 783); dieselbe kann aber aus dem Grundverhältniß oder besonderen Abmachungen der Parteien im Begebungsvertrage hervorgehen. So insbesondere, wenn die Begebung mit einem entsprechenden Auftrag an den Empfänger verbunden ist[42]). Gemeiniglich ist ein derartiger Auftrag aber nicht zu unterstellen[43]).

Jedoch wird wenigstens dem Anweisenden ein Recht auf unverzügliche Benachrichtigung gegeben[44]), wenn der Anweisungsempfänger die Rechte aus der Anweisung nicht geltend machen will oder kann, oder einer Weigerung des Angewiesenen begegnet (indem dieser entweder vor der Verfallzeit die Annahme der Anweisung[45]), oder nach diesem Zeitpunkte die Zahlung[46]) ablehnt). Mangels rechtzeitiger Benachrichtigung ist der Anweisungsempfänger dem Anweisenden nach allgemeinen Grundsätzen zu Schadensersatz verpflichtet[47]). § 789 BGB.

§ 309.

C. Erlöschen der Anweisung und Uebertragung.

I. Erlöschen.

1. Daß es zur Leistung des Anweisungsbetrags an den Empfänger kommt, hat seinen Grund in den Beziehungen des Anweisenden zu den genannten beiden Personen[1]). Erst mit der Annahme des Angewiesenen wird letzterer dem Empfänger direkt verpflichtet; vorher ist er es nicht (§§ 783 ff., 787 Abs. 2). Folglich kann bis zu dieser Annahme der Anweisende die Anweisung immer noch

42) Wie z. B. bei der Anweisung zum Inkasso. Hier liegt das Interesse wesentlich beim Anweisenden. Mittelst der Anweisung soll nur ein Ausstand des Anweisenden eingezogen werden. Der Empfänger haftet daher für alle Sorgfalt in der Beitreibung.

43) Sondern nur eine Ermächtigung des Empfängers, sich durch Vermittelung des Angewiesenen bezahlt zu machen. S. o. § 207 Ziff. 6.

44) Unverzüglich d. i. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB.). — Die Benachrichtigung ist empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme.

45) Falls Präsentation zur Annahme erfolgt, was keineswegs immer erforderlich ist (s. o.).

46) Gleichgültig ob vorher Annahme erfolgt war oder nicht. Nach der Verfallzeit kommt es auf die bloße Weigerung der Annahme nicht mehr an.

47) Z. B. weil der Anweisende den Anweisungsbetrag nun anderweit beschaffen muß und darauf nicht eingerichtet ist.

1) S. o. § 307 Ziff. 2.

gegenüber dem Angewiesenen[2]) widerrufen[3]), sodaß der Angewiesene, wenn er danach noch zahlt, dies auf eigene Gefahr thut und gegen den Anweisenden kein Recht auf Deckung erlangt[4]). Nimmt er die Anweisung nach dem Widerruf noch an, so ist die Annahme wirkungslos[5]). § 790.

Dagegen erlischt das Widerrufsrecht mit Annahme der Anweisung; ohne daß, mangels besonderer Anhaltspunkte[6]), eingewendet werden kann, die Annahme sei zu frühe erfolgt[7]). Wenigstens gibt das Anweisungsrecht als solches keinen Zeitpunkt an, vor welchem die Annahme als verfrüht erscheint[8]). Doch kann ein solcher sich aus dem Grundverhältniß ergeben[9]).

Selbstredend erlischt das Widerrufsrecht auch mit der Zahlung des Anweisungsbetrags an den Empfänger, weil danach die Anweisung alle ihre Funktionen erfüllt hat. § 790 S. 1 i. f. Wegen vorzeitiger Zahlung kann der Anweisende regelmäßig keinen Einwand erheben, wenn er ihn auch nicht gegen Annahme der Anweisung im gleichen Zeitpunkt hätte erheben können[10]).

2. Der Tod oder eine Veränderung in der Geschäftsfähigkeit eines der drei Betheiligten hebt die Anweisung nicht auf (mag sie bereits angenommen sein oder nicht). § 791 BGB.[11]). Dasselbe gilt vom Konkurse[12]).

---

2) Empfangsbedürftige Willenserklärung. S. o. Bd. I § 88. — Ein dem Anweisungsempfänger erklärter Widerruf ist anweisungsmäßig ohne Wirkung. Ob der Empfänger ihn zu beachten hat, beurtheilt sich nach dem Grundverhältniß zum Anweisenden. S. auch Lenel S. 120. Doch kann der Anweisende sich die Urkunde vom Anweisungsempfänger zurückgeben lassen und damit praktisch (arg. § 785 BGB.) die Anweisung erledigen.

3) Nach dem Grundverhältniß kann das Widerrufsrecht ausgeschlossen sein. Doch hat dies anweisungsmäßig keine Wirkung. Die Anweisung erlischt also trotzdem (§ 790 Satz 2 BGB.). Der Widerrufende wird nur eventuell schadensersatzpflichtig.

4) Insbesondere ist § 787 Abs. 1 in solchem Falle unanwendbar.

5) Weil sie auf eine erloschene Anweisung hin erfolgte. Es entsteht eine Einwendung gegen die Gültigkeit der Annahme im Sinne des § 784, nicht anders als wie wenn ein Geschäftsunfähiger annimmt u. dgl.

6) Z. B. wenn nach Lage der Sache mit der Möglichkeit eines Widerrufs zu rechnen oder für die Präsentation ein Anfangstermin bestimmt war.

7) Regelmäßig können Präsentation und Annahme sofort erfolgen.

8) Eventuell könnte behauptet werden, daß die Annahme in einer den betreffenden Verkehrskreisen nicht entsprechenden Weise, oder um dem Anweisenden das Widerrufsrecht abzuschneiden, so frühe erfolgt und daher in dieser Hinsicht wirkungslos sei. S. auch Oertmann § 790 Note 3.

9) Z. B. indem danach die Anweisung nicht vor bestimmter Zeit präsentirt werden sollte.

10) S. o. Note 6ff. Insofern dadurch dem Anweisenden das Widerrufsrecht gleichfalls abgeschnitten worden wäre.

11) Entsprechend dem § 153 BGB. S. o. Bd. I § 88 i. f. — Die Be-

3. Dagegen erlischt der Anspruch aus der Anweisung mit dem Untergang der Urkunde, an deren Besitz sich die Rechte des Empfängers knüpfen. Ist doch danach weder eine Annahme im Sinne des § 784, noch ein Zwang zur Einlösung der Urkunde möglich. § 785[13]). Daß damit die Rechte der Betheiligten im Uebrigen nicht aufgehoben werden, versteht sich von selbst[14]).

II. Uebertragung.

Es ist schon erwähnt, daß und zu welchem Zwecke die Anweisung vom Empfänger auf Andere übertragen werden kann[15]). Die Uebertragung kann vor und nach der Annahme geschehen. Sie kann auch mehrmals erfolgen, sodaß die Anweisung zu einem verkehrsmäßigen Umlaufsmittel für die darin verbriefte Leistung wird.

1. Die Uebertragung geschieht durch schriftliche Erklärung des Anweisungsempfängers[16]) und Aushändigung der Anweisung an den Dritten. Die Annahmeerklärung des Dritten liegt im Empfang[17]). Die Uebertragungserklärung kann auf der Anweisung selbst[18]) oder in einer besonderen Urkunde erfolgen. § 792 Abs. 1. Der Uebertragungsgrund kommt, mangels besonderer Angabe in der Urkunde, anweisungsmäßig nicht in Betracht[19]).

---

stimmung erschien wegen der ehemaligen Mandatstheorie (oben § 307 Ziff. 6) erforderlich.

12) Arg. § 23 KO.

13) Eine Kraftloserklärung der Urkunde findet nicht statt. Für eine solche Dernburg § 244 Ziff. III.

14) Vgl. z. B. § 307 Ziff. 8.

15) S. o. § 307 Ziff. 3. Daselbst auch von der Ausschließung der Uebertragbarkeit und deren Bedingungen. — Erfolgt die Ausschließung nachträglich (nach der Begebung), so ist sie wie ein theilweiser Widerruf zu behandeln (oben I Ziff. 1); daher dem Angewiesenen gegenüber nur wirksam, wenn ihm der Ausschluß mitgetheilt wird bevor er die Anweisung annahm oder bezahlte. S. § 792 Abs. 2 BGB. u. oben Note 10.

16) Daß er die Rechte aus der Anweisung auf den bezeichneten Dritten übertrage.

17) Der Anweisung selbst und der in Rede stehenden Abtretungsurkunde. Die Annahme der Uebertragung braucht nicht schriftlich zu sein. — Der Rechtsnachfolger legitimirt sich dem Angewiesenen gegenüber durch den Besitz der genannten beiden Urkunden, — bei mehrmaliger Uebertragung durch den Besitz der Anweisung und einer Kette von Abtretungserklärungen, die (ohne Unterbrechung) von ihm bis zu dem ursprünglichen Aussteller der Anweisung hinaufführt.

18) Daraus hat sich im Handelsverkehr das Indossament entwickelt (s. o. Bd. I § 63 Note 17). — Jedoch hat der Uebertragungsvermerk des Textes nicht dessen Charakter. S. u. Ziff. 2.

19) Er bildet ein Grundverhältniß der Betheiligten nach Art desjenigen, das zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger besteht. Es handelt sich um ein Valutaverhältniß (vgl. § 308 Ziff. III). Die Weiter-

2. Hinsichtlich der Wirkungen der Uebertragung ist zu unterscheiden, ob sie vor oder nach Annahme der Anweisung erfolgte.

a) Eine Uebertragung nach Annahme der Anweisung gibt dem Erwerber die Rechte eines Cessionars. Der Erwerber tritt einfach in die Rechtsstellung seines Vormanns aus der Annahme ein. Es stehen ihm folglich die Einwendungen entgegen, die dem Anweisungsempfänger entgegenstanden ꝛc.[20]). § 792 Abs. 3 i. f.

b) Ist die Uebertragung dagegen vor Annahme der Anweisung erfolgt, so erlangt der Erwerber aus der Annahme selbständige Rechte[21]). Es können ihm daher vom Angewiesenen nicht solche Einwendungen entgegengesetzt werden, die auf Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger[22]) beruhen[23]). Wohl aber selbstverständlich solche aus seinen eigenen Beziehungen zum Angewiesenen[24]). Im Uebrigen gelten auch hier die Grundsätze der Forderungsabtretung[25]). § 792 Abs. 3 BGB.

3. Was den Regreß angeht, so schließt die Uebertragung der Anweisung einen Regreß des Erwerbers wider den Anweisenden[26]) nicht von selbst in sich. Denn der Regreß folgt aus dem Grundverhältniß, nicht aus der Anweisung[27]); daher auch nicht aus der Uebertragung der Rechte aus der Anweisung[28]). Doch können die Rechte aus dem Grundverhältniß besonders abgetreten werden, und kann sie alsdann auch der Erwerber der Anweisung als Cessionar geltend machen.

4. Handelt es sich um einen Wechsel oder kaufmännische An-

---

begebung der Anweisung erfolgt regelmäßig um einer Gegenleistung willen, die der Begebende von seinem Nachmann erhalten hat oder noch erhalten soll.

20) S. o. § 200. Die §§ 401, 402, 404 ff. BGB. sind anwendbar.

21) Da die Annahme ihm gegenüber direkt erfolgt.

22) Oder bei mehrfacher Abtretung, auf Rechtsbeziehungen des Angewiesenen zu einem sonstigen Vormann des Acceptempfängers oder der Vormänner untereinander. So auch bei verbotenen Rechtsgründen der Uebertragung.

23) S. o. § 308 I Ziff. 2. Dies gilt auch für den Einwand der Fälschung der Anweisung, wenn der Anweisungsempfänger bösgläubig, der Erwerber gutgläubig ist. S. § 308 Note 14 ff.

24) Z. B. auf eine zur Aufrechnung geeignete Gegenforderung wider den Erwerber.

25) Oben § 200. Dagegen ergibt sich aus dem Texte, daß z. B. die §§ 401, 402, 404—406 BGB. auf diesen Fall der Anweisungsübertragung (im Gegensatz zu Note 20) nicht anwendbar sind.

26) Resp. bei mehrfacher Uebertragung, wider seinen Vormann.

27) S. o. § 308 Ziff. III Note 36 ff. Das dort Gesagte findet entsprechende Anwendung.

28) Der Erwerber kann sich aus seinem Grundverhältniß nur an den Uebertragenden halten, — dieser wiederum an seinen Vormann u. s. w. Man drückt dies auch so aus, daß der Regreß kein springender sei; wobei vorauszusetzen ist, daß er (nach Maßgabe der vor. Note) in den verschiedenen Begebungsverhältnissen überhaupt stattfindet.

weisungen, die durch Indossament übertragen werden können[29]) und an Order gestellt sind, so erwirbt der Nachmann die Rechte aus der Anweisung auf Grund der Orderklausel und des nachfolgenden Indossaments unabhängig vom Erstberechtigten[30]). Durch Blankoindossament[31]) kann die an Order gestellte Anweisung dem bloßen Inhaber[32]) zugänglich gemacht und dadurch zur höchsten Stufe der Verkehrsfähigkeit emporgehoben werden.

IV. Inhaberpapiere*.

§ 310.

A. Begriff und Erfordernisse.

1. In weit höherem Maße als die Anweisung dient den geschilderten Verkehrszwecken[1]) die Schuldverschreibung auf den Inhaber. Selbstredend muß auch hier das Schuldversprechen schriftlich sein, damit es (in der Urkunde verkörpert) von Hand zu Hand gegeben werden kann; ja die Wirksamkeit des Versprechens steht und fällt mit der Urkunde, da eine andere personenrechtliche Beziehung fehlt, an die sie sich anknüpfen kann[2]). Die Schuldverschreibung auf den Inhaber ist Werthpapier[3]).

Damit ist zugleich der Hauptunterschied vom selbständigen Schuld-

---

29) §§ 363 ff. HGB.: Anweisungen auf einen Kaufmann, in denen die Leistung nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist. Abgesehen hiervon haben die kaufmännischen Anweisungen keinen anderen Inhalt als die gewöhnlichen des bürgerlichen Rechts. Nur Form und Wirkungen der Uebertragung sind verschieden.

30) S. o. Bd. I § 63 zu Note 18 ff. u. unten § 314.

31) S. o. § 63 Note 20.

32) Indem er das Blankoindossament ausfüllt resp. die Urkunde dem Nachmann zur Ausfüllung übergibt.

*) Vgl. Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 S. 93; Unger, Die rechtl. Natur der Inhaberpapiere (1857); Kuntze, Die Lehre v. d. Inhaberpapieren (1857); Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund (1873) S. 108 ff.; Brunner in Endemann's Handbuch d. Handelsrechts Bd. 2 S. 140 ff., 196 ff. u. über die Geschichte bes. in der Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 22 S. 42, 51 ff., 59 ff., 505 ff., Bd. 23 S. 225 u. Festschrift: Das französ. Inhaberpapier des Mittelalters (1879); H. Lehmann, Zur Theorie der Werthpapiere (1890); Goldschmidt, Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 28 S. 63, Bd. 36 S. 124, 597; Kohler, Archiv f. bürg. Recht Bd. 6 S. 316; Jacobi, Die Werthpapiere im bürg. Recht (1901). — Dernburg §§ 146 ff.; Endemann I § 196; Cosack §§ 254 ff.; Mathiaß I § 137; Enneccerus I §§ 337 ff.

1) S. o. § 303 bes. Ziff. 2 lit. b.

2) Weil eben die Urkunde keinen berechtigten Gläubiger benennt.

3) S. über den Begriff der Werthpapiere oben Bd. I § 63 Ziff. II. Der Besitz des Papiers ist zur Verwerthung des darin verbrieften Rechts nothwendig. Vgl. Jacobi S. 28 ff.

versprechen[4]) bezeichnet. Zwar kann der Schuldgegenstand in beiden der gleiche sein[5]), z. B. individuelle Sachen, Rechte, Handlungen, besonders Dienstleistungen[6]). Aber das Versprechen erfolgt nicht an eine bestimmte Person, sondern an den jeweiligen Inhaber der Urkunde[7]); und zwar so, daß der Aussteller nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten braucht. §§ 793, 797 BGB.[8]). Abgezogen von der Urkunde gibt es hier überhaupt keine Verpflichtung des Ausstellers. Berechtigt aus dem Inhaberpapier[9]) ist dessen Eigenthümer[10]); legitimirt als Berechtigter ist, wie wir noch sehen werden[11]), auch der Besitzer. Wie dieser nach sachenrechtlichen Grundsätzen Dritten gegenüber als Eigenthümer des Papiers erscheint[12]), so erscheint er dem Aussteller des Papiers gegenüber hinlänglich als Berechtigter für die darin verbriefte Leistung. Das Papier wird nach den gewöhnlichen Regeln der beweglichen Sachen erworben, weiterübertragen und bei Geltendmachung seines Inhalts dem Aussteller zurückgegeben[13]). Es kann auch belastet, z. B. verpfändet werden[14]). Die Verpflichtungen des Ausstellers gegenüber dem Berechtigten resp. legitimirten Inhaber des Papiers bestimmen sich nach dem näheren Inhalt der Urkunde.

a) So besteht keine Leistungspflicht ohne das Papier; und sie besteht nur nach Inhalt des Papiers. Ist diese Form der Verpflichtung

---

4) Das heutzutage gleichfalls schriftlich sein muß. S. § 304.

5) Leistungen aller Art; nicht blos (wie bei der Anweisung) Geld, Werthpapiere oder andere vertretbare Sachen. Auch will der Aussteller der Urkunde die Leistung selbst bewirken; er verweist den Gläubiger nicht an einen Dritten (als Angewiesenen).

6) Eine Theatervorstellung oder sonstige Schaustellung, ein Personentransport oder Transport von Sachen, eine Aufbewahrung ꝛc.

7) Zuweilen ist eine bestimmte Person als Erstgläubiger benannt, z. B. „zahlbar an X oder den Inhaber". Sog. alternative Inhaberklausel.

8) Andernfalls bestände die Gefahr einer Doppelleistung, indem die Urkunde von weiteren Inhabern wieder zur Erhebung der Leistung vorgelegt werden könnte.

9) Also Gläubiger, wenn darin eine Forderung verbrieft ist. S. u. Ziff. 3.

10) Aus dem sachenrechtlichen Verhältniß am Papier folgt die Berechtigung gegenüber dem Aussteller. S. Bd. I § 63 Ziff. II bes. Note 21.

11) S. bes. unten § 311 Ziff. 2.

12) Nach den Vorschriften über die Publizität dinglicher Rechte an beweglichen Sachen.

13) Nach den Regeln der Uebergabe beweglicher Sachen (§§ 929 ff. BGB.). S. auch § 935 Abs. 2 BGB., wo der Inhaberpapiere als einer besonderen Art von Sachen ausdrücklich gedacht wird.

14) S. § 1205 BGB. Der Pfandgläubiger des Papiers hat das Pfandrecht an dem darin verbrieften Recht. § 1293. Vgl. dazu Jacobi S. 263 ff., Ueber Nießbrauch an dem Papier eod. S. 265.

vor Allem auf Verkehrserleichterung zugestutzt[15]), so wird auch die Leistung regelmäßig von der Art sein, daß sie für Jedermann unter Umständen als Gläubiger paßt[16]).

b) Damit steht die Einseitigkeit der Verpflichtung in Verbindung[17]). Nur der Aussteller des Papiers ist verpflichtet, der jeweilige Inhaber nur berechtigt. Das heißt nicht, daß die Verpflichtung abstrakt sei: der Schuldgrund kann sich aus dem Papier ergeben[18]). Aber dennoch ist er auf die Wirksamkeit der Verpflichtung regelmäßig ohne Einfluß, weil der Schuldner, wenn er in solchem Fall (mit Rücksicht auf den Mangel des Schuldgrunds) seine Verpflichtung bestreiten will, dies als Einwendung gegen die Klage des Gläubigers thun und folglich den Mangel beweisen muß[19]). Arg. § 796 BGB.[20]). Und manchmal ist der Einwand überhaupt ausgeschlossen[21]) Vgl. § 803.

c) Schließlich ist der Aussteller überhaupt nicht aus einem Vertrage, sondern aus seinem einseitigen Versprechen in der Urkunde verpflichtet. Es liegt einer der in § 305 BGB. vorbehaltenen Fälle vor, wonach eine Schuld unter Umständen aus einseitigem Versprechen entspringt[22]). Der Aussteller der Urkunde wird also nicht durch deren Begebung[23]), sondern schon durch die Ausstellung selbst (die Kreation des Papiers) verpflichtet[24]), wenn

15) Sie hat für den Gläubiger den Vortheil der leichten Uebertragbarkeit des Rechts, für den Schuldner den der bequemen Legitimation des Gläubigers (nur dem, der das Papier ausliefern kann, ist zu leisten). Die oben § 182 Ziff. 3 erwähnten Schwierigkeiten werden vermieden.

16) Sonst würde das Papier unverkäuflich sein. Dies schließt Besonderheiten nicht aus, sofern sie der Verkehr sanktionirt. Z. B. wer ein Eisenbahnbillet kauft, muß sich an die fahrplanmäßigen Zeiten halten u. s. w.

17) Sonst würde das Papier zum Umlauf untauglich sein.

18) Z. B. das Eisenbahn- oder Theaterbillet gibt den Preis an, um den es verkauft worden ist; der Koupon bezeichnet sich selbst als Zinsschein für eine Kapitalschuld. S. dazu Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 254, Bd. 14 S. 157 ff. — Daneben kann der Angabe des Schuldgrunds auch blos enuntiative Bedeutung zukommen, ähnlich wie beim Schuldversprechen (s. o. § 304 Note 12).

19) Aehnlich wie beim abstrakten Schuldversprechen, s. o. § 306 Ziff. 2. Z. B. das in der vor. Note bezeichnete Billet wird auch als Freibillet aus unsittlichem Grunde ausgegeben. Der Schuldner ist es, der in solchen Fällen den Mangel der causa beweisen muß (geradeso wie er nach § 793 dem Gläubiger beweisen muß, daß er nicht der Berechtigte sei).

20) Es handelt sich um eine Einwendung, die sich aus der Urkunde ergibt. § 796 BGB. Das ist der einzige Vortheil des titulirten Papiers.

21) So gerade im Hauptfall titulirter Urkunden, den oben Note 18 erwähnten Zinsscheinen, wenn die Zinspflicht hinweggefallen ist. Im Uebrigen entscheidet die Verkehrssitte, ob die Angabe des Schuldgrunds gegenüber dem Inhaber als solchen Bedeutung hat. Motive Bd. 2 S. 699 ff. Jacobi S. 207.

22) S. o. § 143 zu Note 11.

23) Wie bei der Begründung eines abstrakten Schuldversprechens durch Begebung des Schuldscheins. S. § 304 Ziff. 3.

24) Dies ist nach § 794 BGB. nicht mehr zweifelhaft. Ehedem war die

selbstverständlich auch von einer Forderung wider den Aussteller erst dann die Rede sein kann, wenn ein Dritter als legitimirter Besitzer des Papiers auftritt[25]). Auch kann der Dritte durch einen anderen Umstand als durch Begebung in den Besitz des Papiers gelangen[26]) und wird dennoch Gläubiger. Gerade dagegen soll Schutz bestehen, daß aus solchen für gutgläubige Dritte unkontrollirbaren Vorgängen[27]) Einwände gegen die Gültigkeit der Inhaberschuld hergeleitet werden können. Wer sich dem „Inhaber" verpflichtet hat, soll ihm nach Inhalt der Urkunde leisten, gleichgültig wie die Urkunde in den Verkehr gekommen ist, ob mit oder ohne seinen Willen; z. B. durch Diebstahl, Verlust, Versehen eines Angestellten des Ausstellers, oder durch Ausgabe nach seinem Tode oder eingetretener Geschäftsunfähigkeit. § 794 BGB. Der Kreationsakt des Papiers hat die Verpflichtung vollendet; für dritte Personen sind die betreffenden Vorkommnisse regelmäßig nicht erkennbar. Sie sollen ihnen daher auch nicht entgegenstehen, wenn sie gutgläubig das Papier erwerben[28]). Haben sie es in Kenntniß der Unregelmäßigkeit erworben, so kann ihnen daraus vom Aussteller ein persönlicher Einwand entgegengesetzt werden: entweder der Einwand mangelnder Berechtigung am Papier[29]) oder eine unmittelbare Einwendung anderer Art[30]), äußerstenfalls die allgemeine Doluseinrede[31]).

Kreationstheorie äußerst bestritten. Richtig ist, daß die geschichtliche Entwickelung von der Vertrags-(Begebungs)theorie ausging, aber das moderne Recht ist darüber hinausgegangen. S. insbes. Kuntze a. a. O. §§ 53, 78 ff. Motive Bd. 2 S. 695 ff. Dagegen wieder Jacobi S. 166 ff., jedoch nicht überzeugend.

25) S. o. Note 10 ff. Vorher gelten die Grundsätze der Vereinigung (confusio). S. o. § 196. Hat also Jemand z. B. für 100 000 M. Inhaberobligationen ausgeschrieben und davon nur für 90 000 M. ausgegeben und fällt dann in Konkurs, so können daraus auch nur für 90 000 M. Konkursforderungen wider ihn geltend gemacht werden, weil für den Rest keine Gläubiger vorhanden sind. Aber der Rest ist ein Vermögenswerth des Kridars und gehört zur Aktivmasse, was sich sofort fühlbar macht, wenn die Papiere durch ein Pfand garantirt waren. Dann hat die Konkursmasse für jenen Rest ein entsprechendes Anrecht am Erlös des Pfandes. S. auch Dernburg § 147 Ziff. II.

26) Z. B. die Papiere sind dem Aussteller gestohlen und einem gutgläubigen Dritten verkauft.

27) Daß Begebung des Papiers in gültigem Vertrage an einen Erstberechtigten erfolgte.

28) Ueber die Erfordernisse des guten Glaubens s. noch Jacobi S. 220, 222 ff. Auch hier werden wir als bösgläubig denjenigen ansehen, dessen Unkenntniß auf grober Fahrlässigkeit beruht.

29) Nach § 793 Abs. 1 i. V. mit § 932 BGB. (der guten Glauben voraussetzt).

30) Im Sinne des § 796 BGB.: welche dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zusteht. — So auch bei Ausgabe des Papiers aus verbotenem, z. B. unsittlichem Grunde, der in der Urkunde keinen Ausdruck gefunden hat (s. o. Note 19). Nicht die Kreation, wie Oertmann (oben § 306 Note 14) meint, sondern der Ausgabevertrag ist solchenfalls nichtig. Die Gültigkeit der Ausstellung (§ 796 BGB.)

Erhebt der Schuldner diese Einwände nicht, so ist die Leistung auf das Papier Erfüllung einer wirklich bestehenden Verpflichtung[32]).

2. Ist die Ausstellung des Papiers der hiernach überhaupt verpflichtende Rechtsakt, so ist *dies Rechtsgeschäft in seiner Gültigkeit nach den allgemeinen für Rechtsgeschäfte überhaupt bestehenden Vorschriften zu beurtheilen*[33]). Mängel des Kreationsakts sind danach unter Umständen Gründe der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Papiers: z. B. der Nichtigkeit bei Ausstellung der Urkunde im Scherz, zu Lehrzwecken, durch einen Geschäftsunfähigen oder Unbefugten[34]); — der Anfechtbarkeit bei Ausstellung durch einen Geschäftsbeschränkten ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters[35]), bei erzwungener, erschlichener Ausstellung oder bei wesentlichem Irrthum über den Inhalt des Papiers[36]). Doch ist auch hier die Nichtigkeit[37]) nicht unterschiedslos gegen jeden Erwerber des Papiers durchzuführen. Die Brauchbarkeit der Inhaberpapiere für den Verkehr würde dadurch empfindlich leiden: die Rechtssicherheit bei dem Erwerb nahezu aufgehoben[38]). Der Aussteller kann sich daher zwar regelmäßig auf Män-

ist nicht zu beanstanden. Da es nun des Ausgabevertrags (nach Note 26 ff.) gar nicht bedarf, steht der Mangel nur dem bösgläubigen Erwerber des Papiers entgegen.

31) Aehnlich wie oben im Falle § 308 Note 13 ff.

32) Auf Grund der Kreationstheorie handelt es sich hier nur um *persönliche Einwendungen des Schuldners*.

33) S. o. Bd. I §§ 83 ff. Man verwechsele hiermit nicht die Ungültigkeit der *Ausgabe* des Papiers. S. o. Note 30.

34) Z. B. durch einen treulosen Angestellten unter Benutzung der vorhandenen Stempel zu den faksimilirten Unterschriften des Papiers (unten Ziff. 4a). Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 97. — Bestreitet der Schuldner seine Geschäftsfähigkeit bei Ausstellung des Papiers, so muß er den entsprechenden Beweis führen. So auch Entsch. d. ROHG. Bd. 19 S. 319, Bd. 20 S. 98. Hat dagegen ein Dritter das Papier ausgestellt, so muß der Fordernde dessen Vollmacht beweisen.

35) Aehnlich würde der Fall zu behandeln sein, da eine juristische Person des öffentlichen Rechts (z. B. eine Kommune) ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde handelt, obschon es sich hierbei nicht eigentlich um Mängel der Geschäftsfähigkeit handelt. Vgl. o. § 83 Note 5.

36) S. o. Bd. I §§ 94, 95. Auch die *Auslegung* hat nach den allg. Vorschriften (oben § 91) zu erfolgen.

37) Die ursprüngliche oder durch Anfechtung herbeigeführte. Die Anfechtung geschieht im Allgemeinen nach den Regeln wie bei *nicht empfangsbedürftigen* Willenserklärungen (wie sie der Kreationsakt unzweifelhaft ist). Die Anfechtung wegen Betrugs ist also zulässig, wenn *irgendwer* betrogen hat (s. Bd. I § 95 zu Note 23).

38) Diese Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen wird auch durch die Fassung des § 796 BGB. direkt bestätigt. Denn sonst hätte die Abstellung dieses § auf *Einwendungen*, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen, keinen rechten Sinn. Einwendungen sind regelmäßig *verzichtbar*, und der Aussteller muß sich sagen, daß er mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit gegen das Papier nicht alle Rechtsbehelfe vorbringen darf, welche an sich möglich wären. Daraus ergibt sich die Unterscheidung des Textes. Wo das Gesetz eine

gel der Geschäftsfähigkeit und absolute Willensmängel[39]) unbedingt[40]), — dagegen auf Irrthum, Betrug[41]), Ausstellung zum Schein[42]), nur gegenüber solchen Gläubigern berufen, die das Papier in Kenntniß des Ungültigkeitsgrundes erworben haben[43]).

3. Inhaberpapiere gibt es auf Ansprüche verschiedenster Art, nicht blos auf Forderungsrechte. Zwar behandelt das Gesetz in §§ 793 ff. ausdrücklich nur die Schuldverschreibungen auf den Inhaber[44]); doch sind die hier gegebenen Regeln zunächst auf andere, z. B. pfandmäßige Ansprüche anwendbar, die ohne eine zu Grunde liegende Schuldforderung bestehen[45]). Vgl. § 1195 BGB.[46]). Auch die Betheiligung an Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gewerkschaften[47]) und die daraus entfließenden Mitgliedsrechte ꝛc.[48]) können auf den Inhaber gestellt werden (Aktien und Kuxscheine auf den Inhaber); doch gelten hierfür nur theilweise dieselben Regeln. Vgl. §§ 179, 320 Abs. 3 HGB. und das Bergrecht[49]). Von diesen Fällen wird, soweit sie dem bürgerlichen Recht angehören[50]), an den betreffenden Stellen die Rede sein.

---

solche Unterscheidung nicht will, drückt es sich anders aus. Vgl. die scharfe Fassung des § 795 Abs. 3.

39) Z. B. auf die Ausstellung in Folge von absolutem Zwang oder durch einen nicht legitimirten Vertreter. Ebenso ist auch der Fall der Fälschung der Urkunde zu behandeln. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 23 S. 211 u. d. RG. Bd. 2 S. 97 ff. — S. übrigens noch unten Note 42.

40) Sofern die betreffenden Umstände bewiesen werden können. Wegen der Beweislast s. die Citate oben Note 34.

41) Den Fall des Betrugs behandeln mit Recht auch schon z. B. Cosack § 255 II Ziff. 2 und Enneccerus § 338 Ziff. IV ebenso. Aber die Rechtskonsequenz drängt weiter. Der Aussteller trägt die Gefahr für seinen Irrthum. Er kann ihn nicht unterschiedslos gegen Jeden geltend machen. Ebenso verhält es sich, wenn er ein Blankett oder unvollständig ausgefüllte Urkunden aus der Hand gibt, die nachher mißbräuchlich ausgefüllt werden. Dies ist keine Fälschung. S. o. Note 39 i. f.

42) Obschon hier vollständiger Willensmangel vorliegt, kann derselbe doch schon nach allgemeinen Grundsätzen (s. Bd. I § 93 Ziff. 2) nicht unterschiedslos gegen jeden Dritten geltend gemacht werden.

43) Oder in grobfahrlässiger Unkenntniß des betreffenden Vorkommnisses. Also ähnlich wie bei den Unregelmäßigkeiten oben Ziff. 1 c. S. auch das. Note 28.

44) Urkunden, in denen der Aussteller dem Inhaber eine Leistung (§ 241 BGB.) verspricht,

45) Ist doch das Recht der Schuldverhältnisse auch vielfach in anderen Beziehungen zu einem sog. allgemeinen Anspruchsrecht zu erweitern.

46) Danach kann ausdrücklich eine Grundschuld (nicht auch eine Hypothek) auf den Inhaber gestellt werden mit der Maßgabe, daß auf den Grundschuldbrief die Regeln der Schuldverschreibungen auf den Inhaber entsprechende Anwendung finden.

47) Des heutigen Bergrechts.

48) Vgl. o. Bd. I § 52, z. B. daselbst Note 12. Ueber Inhaberaktien s. noch Simon, Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 49 S. 21.

49) Art. 67 EG.BGB. und das Landesrecht.

4. Die Schuldverschreibungen auf Inhaber sind also Forderungspapiere, in welchen die geschuldete Leistung an den Inhaber versprochen wird[51]). Daß dies der Fall ist, muß sich aus der Urkunde ergeben; wenn auch nur indirekt, z. B. durch Nichterwähnung des Berechtigten, wenn es nach Art der Leistung und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte hinlänglich deutlich ist[52]). Andernfalls bedarf es eines besonderen Vermerks, in dem der Wille, dem Inhaber zu leisten[53]), ausgesprochen ist[54]).

Im Uebrigen hängt die Ausstellung von folgenden Momenten ab:

a) Die Urkunde bedarf der formgerechten Unterschrift des Ausstellers[55]). Doch genügt hier eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift[56]). § 793 Abs. 2[57]). Anderseits kann durch eine in der Urkunde aufgenommene Bestimmung oder nach Landesgesetz[58]) die Gültigkeit der Unterzeichnung von Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden, z. B. vom Aufdruck einer Nummer, einem besonderen Emissionsvermerk u. dgl.[59]). S. § 793 Abs. 2 BGB., Art. 100 EG.

Umgekehrt bedarf es bei Inhaberpapieren über geringere Leistungen[60]), Karten, Marken und ähnlichen Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist[61]), während die Leistung an den jeweiligen Inhaber

50) Was z. B. bei den Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nicht der Fall ist. Kuxscheine müssen nach dem preuß. Berggesetz vom 24. Juni 1865 auf den Namen lauten.

51) Also mit der sog. Inhaberklausel, die nach dem Folgenden aber keineswegs mit ausdrücklichen Worten oder gar unter Gebrauch des Wortes „Inhaber" in der Urkunde enthalten zu sein braucht. S. o. Note 36 u. Entsch. d. RG. Bd. 18 S. 154.

52) So z. B. bei Staatsschuldverschreibungen, Zinskoupons, Fahrkarten, Theaterbillets ꝛc.

53) Z. B. bei Depotscheinen.

54) Ueber die sog. alternative Inhaberklausel s. o. Note 7 u. Cit.

55) Entsprechend § 126 BGB. S. Bd. I § 87.

56) D. i. in faksimilirter Schrift. Einfacher Druck des Namens genügt nicht. Die mechanische Herstellung der Unterschrift muß mit dem Willen des Ausstellers geschehen sein. S. o. Note 34 u. Cit.

57) Wegen der hier nicht selten vorkommenden Massenausstellungen. Ueber Massenemissionen s. auch Jacobi S. 150 ff.

58) Vgl. z. B. Preuß. AG. Art. 17 § 1 (bei Schuldverschreibungen des Staats und der Kommunalverbände); Sächs. Ges. v. 29. Sept. 1884 u. 18. Jan. 1882. Ferner § 4 ReichsschuldenO. v. 19. März 1900.

59) Wo derartige Bestimmungen existiren, ist die Ausstellung des Papiers erst mit ihrer Beobachtung vollendet.

60) Geringer an Werth, wirthschaftlicher Bedeutung, oder von kürzerer Dauer u. s. w.

61) Z. B. Fahrkarten, Theaterbillets und ähnliche Eintrittskarten, Briefmarken, Speise- und Biermarken, Gutscheine der verschiedensten Art. Vgl. Fuchs, Die Karten und Marken des täglichen Verkehrs (1881); Jacobi S. 363 ff.

62) Hauptsächlich ist es die Verkehrssitte, die den Karten, Marken ꝛc.

erfolgen soll[62]), gar keiner Namensunterschrift des Ausstellers[63]) oder sonstiger besonderer Formen. § 807 BGB.

b) Einer speziellen Erlaubniß zur Ausstellung von Inhaberschuldverschreibungen bedarf es nicht. Natürliche und juristische Personen sind gleichmäßig befähigt[64]). Dagegen besteht ein Verbot für die Ausgabe[65]) also das in Verkehrbringen von Inhaberschuldverschreibungen, welche im Inland ausgestellt[66]) und auf die Zahlung einer bestimmten Geldsumme[67]) gerichtet sind. § 795 BGB. Derartige Schuldverschreibungen sind dem Papiergeld ähnlich. Ihre Ausgabe muß daher an ähnliche Schranken geknüpft sein, wie die des Papiergeldes[68]). Die Ausgabe bedarf mithin der staatlichen Genehmigung. Ausgenommen sind Schuldverschreibungen des Reichs oder eines Bundesstaates selbst[69]).

Die Genehmigung ist Sache der Einzelstaaten (ein Verwaltungsakt). Zuständig ist die Centralbehörde des Staates[70]), in dessen Gebiet der Aussteller des Papiers seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat[71]). Wird die Genehmigung ertheilt, so ist dies mitsammt den

---

den Charakter eines Inhaberpapiers beilegt. Auf diese nimmt § 807 denn auch Bezug, wenn er die Qualität als Inhaberpapier davon abhängig macht, daß die Karte ꝛc. unter Umständen ausgegeben ist, aus denen sich ergibt, daß der Aussteller sich dem Inhaber verpflichten will. Dies entspricht dem oben Note 51 ff. Gesagten. — Anderseits kann durch einen Vermerk auf der Karte selbst ihr in concreto dieser Charakter entzogen sein, z. B. durch den Vermerk der Unübertragbarkeit auf Eisenbahnfahrkarten, Abonnementsbillets ꝛc. Ohne die bezeichneten besonderen Umstände sind die betreffenden Karten und Marken keine Inhaberpapiere, sondern z. B. bloße Legitimationspapiere (s. u. § 815). So Garderobenmarken, Gepäckscheine ꝛc.

63) Eine solche ist hier regelmäßig nicht üblich.

64) Wegen der Geschäftsfähigkeit s. o Ziff. 2.

65) An dritte Personen (Emission). Im Gegensatz zur bloßen Ausstellung. S. Jacobi S. 258 ff.

66) Der aufgedruckte Ausstellungsort soll für die Qualität des inländischen oder ausländischen Papiers entscheidend sein, weil man ein einfaches Kriterium für nothwendig hielt. Gegen Gesetzesumgehung durch Angabe eines fingirten ausländischen Ausstellungsorts helfen die allgemeinen Regeln über das Handeln in fraudem legis (s. o. Bd. I § 13 i. f.). Papiere, die von Inländern ausgestellt aber auf einen ausländischen Ort datirt sind, ohne daß eine hinlängliche Beziehung zu dem betreffenden Lande besteht (vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 12 S. 301) werden bei uns auch wohl kaum Absatz finden. Prot. Bd. 6 S. 177 ff. — Gegen den Börsenhandel mit ausländischen Papieren richtet sich auch § 36 ff. RBörsenG.

67) Bei Dividendenscheinen ist dies nicht der Fall. Sie bedürfen also keiner Genehmigung.

68) Vgl. o. Bd. I § 62 Note 27 ff. RG. v. 30. April 1874 § 8; RBankG. § 1.

69) Abs. 4 eod. S. auch § 24 d. RG. betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen v. 4. Juli 1899.

70) Vgl. Preuß. V. v. 16. Nov. 1899 Art. 8, Bayr. v. 24. Dez. 1899, Bad. AV. v. 11. Nov. 1899 § 14, Württemb. Art. 176, Hess. Art. 67 ꝛc. Regelmäßig das Ministerium oder ein Minister kraft Delegation.

näheren Bedingungen durch den Reichsanzeiger bekannt zu machen[72]). Abs. 2.

Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte[73]) Schuldverschreibung ist nichtig[74]). Der Aussteller hat dem letzten Inhaber den Schaden zu ersetzen[75]), der demselben durch die Ausgabe[76]) des Papiere entstanden ist[77]). § 795 Abs. 3 BGB. Im Falle des Diebstahls oder Verlustes der Papiere ist der Aussteller nur verantwortlich, wenn ihn bezüglich der gehörigen Aufbewahrung ein Verschulden trifft[78]). Die Schadensersatzpflicht hält sich überall in den gewöhnlichen Grenzen[79]), umfaßt also auch den entgangenen Gewinn[80]). — Daneben bestehen Strafvorschriften gegen die Emittenten[81]).

Sondervorschriften mit gleicher Tendenz bestehen auch für Inhaberpapiere mit Prämien[82]). Ebenso gelten die öffentlichrechtlichen Bestimmungen der Landesgesetzgebung über die Nothwendigkeit der Genehmigung gewisser Inhaberschuldverschreibungen (z. B. Lotterieloose) daneben fort; so jedoch, daß eine nach § 795 Abs. 2 BGB. ertheilte Genehmigung das Papier in allen Fällen sanktionirt, ohne Rücksicht, ob es den landesrechtlichen Bestimmungen entspricht. Entsprechend sind die in § 807 erwähnten Karten, Marken 2c. von dem Erforderniß der staatlichen Genehmigung befreit[83]).

71) Bei mehrfachem Wohnsitz oder mehrfacher Niederlassung genügt die Genehmigung durch einen Bundesstaat.

72) Diese Bekanntmachung ist aber nicht (wie die Genehmigung) Voraussetzung der Gültigkeit des Inhaberpapiers.

73) Nicht blos die in den Verkehr gebrachte Schuldverschreibung. Auch hier kommt es (vgl. o. Ziff. 1c) auf die Art, wie die Urkunde in den Verkehr gelangt, nicht an.

74) Absolut. Man vergleiche den Gegensatz der Ausdrucksweise zu § 796 BGB., wo von der Gültigkeit der Ausstellung die Rede ist. Der öffentlichrechtliche Charakter unserer Vorschrift greift durch.

75) S. Prot. Bd. 2 S. 558. — Die betreffende Schadensersatzpflicht besteht ohne Rücksicht auf Verschulden des Emittenten.

76) Nur wenn eine wirkliche Ausgabe durch den Aussteller erfolgte. Also nicht in den Fällen § 794 Abs. 1 BGB. In den Fällen Abs. 2 kann der Ausgebende persönlich verantwortlich werden.

77) Kannte der letzte Inhaber bei seinem Erwerb den Mangel, so greifen die Regeln über eigenes Verschulden (Bd. I § 111) Platz, welche die Schadensersatzpflicht ausschließen können. Oertmann § 795 Note 3b; Planck § 795 Note 4.

78) Denn es fehlt eine Ausnahme von der gewöhnlichen Regel, wonach nur für Verschulden gehaftet wird. — Nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt sich auch, ob der Aussteller früheren Inhabern des Papiers verantwortlich ist. S. §§ 823 ff. BGB.

79) S. o. § 151. Zustimmend Dernburg § 148 Note 9.

80) Z. B. wenn ähnliche gültige Papiere inzwischen theurer geworden sind.

81) S. § 145a StGB. (Art. 34 EG. BGB.).

82) RG. betr. die Inhaberpapiere mit Prämien v. 8. Juni 1871 § 1.

83) Auch wenn das Landesrecht die Ausgabe an eine solche geknüpft hätte.

§ 311.

B. Verpflichtung des Ausstellers.

1. Der Aussteller ist aus dem Inhaberpapier[1]) zu der darin versprochenen Leistung verpflichtet, sobald ein Anderer „Inhaber" wird[2]).

a) Regelmäßig entsteht das Gläubigerrecht durch ordnungsmäßige Ausgabe des Papiers[3]). Diese geschieht durch gewöhnlichen Uebereignungsvertrag hinsichtlich des Papiers als einer beweglichen Sache[4]). Ist doch der Aussteller bis zur Begebung selbst Eigenthümer des Papiers[5]); und so wird es schon bei der ersten Ausgabe von Hand zu Hand übertragen[6]). Doch erwirbt das Gläubigerrecht auch, wer das Papier durch Ersitzung, Fund[7]) oder durch Uebertragung von einem Nichtberechtigten auf Grund guten Glaubens[8]) zu Eigenthum erlangt, weil das Gläubigerrecht an den Erwerb der Urkunde geknüpft ist.

Die Uebereignung des Papiers ist auch hier ein abstrakter Vertrag[9]). Warum das Papier ausgegeben, ob es verkauft, verschenkt ꝛc. worden ist[10]), kommt für die Gültigkeit der Emission und für die Rechte des Gläubigers aus dem Papier regelmäßig nicht in Betracht[11]).

b) Gläubiger ist nicht blos der erste Erwerber des Papiers, sondern jeder nachfolgende Erwerber, und zwar unabhängig vom ersten und überhaupt allen seinen Vormännern. Das Forderungsrecht des späteren Inhabers ist regelmäßig kein durch Rechtsnachfolge vom Vormann

1) Die betreffenden Grundsätze gelten entsprechend auch für Karten und Marken des § 807 BGB., soweit nichts besonderes vermerkt ist.

2) S. o. § 310 Note 25.

3) Ueber andere Fälle der Begründung des Gläubigerrechts s. o. § 310 Ziff. 1 c.

4) Nach den Regeln des Sachenrechts. Also durch Uebergabe (auch brevi manu traditio), Besitzkonstitut, Abtretung des Herausgabeanspruchs, wenn das Papier sich bei einem Dritten befindet ꝛc. §§ 929 ff. BGB.

5) Das er geschaffen (kreirt) hat. Wenn er auch insolange die Forderung nicht gegen sich selbst geltend machen kann.

6) Ebenso wie später von einem Berechtigten auf den anderen.

7) Vgl. §§ 937 ff., 965 ff. BGB.

8) §§ 932 ff. BGB. Sogar wenn das Papier gestohlen oder verloren war. Vgl. §§ 794 Abs. 1, 935 Abs. 2 BGB.

9) S. o. Bd. I § 75 nach Note 10.

10) Zuweilen ist der Charakter des Grundvertrags streitig, z. B. der Charakter der Zeichnung einer auszugebenden Anleihe. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 28 S. 29. Doch ist dies nichts, was nicht auch bei anderen Verträgen vorkommt.

11) Vielmehr hauptsächlich nur insofern als der Aussteller dem Empfänger als Gläubiger aus dem Grundvertrag persönliche Einwendungen entgegensetzen kann. S. § 796 i. f. BGB.

auf ihn übergegangenes[12]). Die Weiterbegebung des Papiers geschieht sachenrechtlich durch *Uebereignung*[13]) des Papiers wie bei der ersten Ausgabe[14]). Aber schuldrechtlich succedirt der Erwerber nicht in die Rechte seines Vormanns. Er erwirbt nicht dessen Forderungsrecht durch Abtretung[15]), sondern er erlangt die Rechte wider den Aussteller nach Inhalt des Papiers *unabhängig von seinem Vormann auf Grund der Inhaberklausel*, zufolge deren der Aussteller sich unmittelbar (persönlich) *dem jeweiligen Inhaber des Papiers verpflichtet hatte*. § 793[16]). — Auch hier erwirbt die Forderung, wer das Eigenthum am Papier durch Ersitzung, Fund oder gutgläubig von einem Nichtberechtigten erlangt[17]); ingleichen wer den bisherigen Berechtigten beerbt[18]).

2. In dieser Weise ist das Forderungsrecht aus dem Papier mit der Berechtigung am Papier verknüpft[19]). Berechtigt ist in erster Linie der Eigenthümer, unter Umständen aber auch ein Bevollmächtigter des Eigenthümers, ja ein Nießbraucher oder Pfandgläubiger des Papiers[20]). Anderseits darf selbst der Eigenthümer die Forderung nicht beitreiben, wenn das Papier zu Gunsten Dritter mit Beschlag belegt ist[21]). Um

---

12) Anders bei *Universalsuccession* in die Rechte des Vormanns, vor Allem durch Erbgang.

13) Ueber Nießbrauchsbestellung und Verpfändung von Inhaberpapieren, s. §§ 1081 ff., 1293 ff. BGB. u. unten das Sachenrecht. Vgl. *Jacobi* S. 263. Hier handelt es sich vorzugsweise um eine richtige *Vertheilung* der Gläubigerbefugnisse unter den verschiedenen an dem Papier dinglich Berechtigten.

14) S. o. Noten 4 u. 9 ff. Der Vertrag über die Weiterbegebung ist also gleichfalls abstrakt. Es kommt für die Berechtigung des Erwerbers gegenüber dem Aussteller regelmäßig nicht darauf an, ob er das Papier von seinem Vormann gekauft hat oder es von ihm geschenkt erhielt ꝛc. Vgl. M. *König*, Die Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren (1892). Erfolgte die Weiterbegebung aus verbotenem, z. B. unsittlichem Grunde, so kann der Aussteller daraus nur gegen den bösgläubigen, nicht gegen weitere gutgläubige Erwerber einen Einwand machen (aus den Gründen wie o. § 310 Note 30).

15) Im Sinne der §§ 197 ff.

16) Man darf dies nicht so auffassen, als entstehe für den Inhaber immer ein *neues* Recht. Dann würde sich nicht rechtfertigen lassen, daß die Inhaberschuldverschreibung *als solche durch Pfand, Bürgschaft* ꝛc. *gesichert werden kann*, während die Person des Gläubigers unaufhörlich wechselt. Die Identität des Schuldverhältnisses bleibt trotz des Personenwechsels gewahrt. Das Versprechen ist an unbestimmte Personen geleistet. S. o. § 138 Ziff. 5. *Jacobi* S. 224 ff.

17) Vgl. o. zu Note 7 ff.

18) S. o. Note 12. Unter Berücksichtigung des § 857 BGB.

19) Nach der Auffassung des I. Entwurfs schuldete der Aussteller schlechthin dem Inhaber. Dies wurde mit Recht als unerträglich gebrandmarkt. Vgl. *Gierke*, Der Entwurf S. 231. Bis dem Dieb, Hehler, dem ungetreuen Finder oder Depositar der Besitz abgestritten ist, wäre er vollberechtigter Gläubiger des Ausstellers!

20) S. o. Note 13.

21) S. o. § 182 Ziff. 3 zu Note 22.

dieſe Möglichkeiten zu umfaſſen, redet § 793 davon, daß der Inhaber zur Verfügung über das Papier berechtigt ſein muß[22]).

Nichtsdeſtoweniger iſt auch der nicht verfügungsberechtigte Inhaber des Papiers[23]) zur Geltendmachung der Forderung legitimirt. Die Verfügungsberechtigung iſt nicht vom Gläubiger als rechtsbegründender Faktor ſeines Anſpruchs[24]) nachzuweiſen, ſondern es kann der Schuldner ihr Nichtvorhandenſein einwenden[25]) alſo das Recht des Inhabers beſtreiten, wenn er ſich mit dem entſprechenden Beweiſe belaſtet[26]). Verpflichtet iſt er dazu nicht; vielmehr iſt es ſein Recht, dem bloßen Inhaber zu leiſten[27]). Eine ſolche Leiſtung iſt Schuldtilgung, und führt gegen Aushändigung des Papiers[28]) vollkommene Befreiung des Ausſtellers und Aufhebung der Verbindlichkeit herbei. §§ 793 Abſ. 1 BGB.[29]).

Uebrigens würde der Einwand des Ausſtellers gegen die Leiſtungspflicht regelmäßig auf eine Unredlichkeit des Inhabers beim Erwerbe

---

22) S. darüber Bd. I § 74 zu Note 16 ff. u. § 84. — Das Geſagte gilt ebenſo für die Karten und Marken ꝛc. des § 807 BGB.

23) Der bloße Inhaber, d. i. der unmittelbare Beſitzer und Beſitzdiener (§ 855 BGB.).

24) Nach den Regeln Bd. I § 127 bei Note 10 ff.

25) Die Inhaberpapiere dienen zur möglichſten Erleichterung des Verkehrs mit Schuldverhältniſſen. Dieſe iſt nur zu erreichen, wenn der Schuldner auch an den bloßen Inhaber leiſten darf, d. h. gefahrlos (ſ. nach Note 27) leiſten kann. Dies kommt auch dem Berechtigten ſelbſt zu Gute, indem die leichte Zahlbarkeit des Papiers (ohne den Beweis der Berechtigung daran führen zu müſſen) auch in ſeinem eigenen Intereſſe liegt. Daß er auf der anderen Seite das Papier dafür um ſo beſſer hüten muß (vgl. § 935 Abſ. 2 BGB.), iſt nur die unvermeidliche Kehrſeite (ſ. darüber noch unten § 313). Die Faſſung des § 793: „es ſei denn . . . .“ bringt das im Text Geſagte deutlich zum Ausdruck.

26) Wie bei allen Einwendungen. S. Bd. I § 126 Ziff. I, § 127 zu Noten 6 u. 23.

27) Dieſe Befugniß beſteht auch gegenüber dem wahren Berechtigten (vgl. Note 25). Der Schuldner wird auch ihm gegenüber durch die Zahlung befreit: er braucht deſſen Rechte nicht wahrzunehmen. Nur dann würde er ihm nach allgemeinen Grundſätzen auf Schadenserſatz haften, wenn er in Kenntniß der Nichtberechtigung des Fordernden ſchuldhafterweiſe (z. B. aus Bequemlichkeit) präſente Rechtsbehelfe nicht benutzte oder den wahren Berechtigten benachrichtigte. Arg. § 142 oben. Dagegen ſchließt die Kenntniß der Nichtberechtigung des Präſentanten bei der Leiſtung nicht ſchon in allen Fällen ein Verſchulden in ſich: z. B. dann nicht, wenn der Schuldner Grund hat zu glauben, daß die Leiſtung dem Berechtigten zukommen (z. B. die Ehefrau, der Sohn oder ein Beauftragter des Berechtigten ſie dem letzteren überbringen) werde. Vgl. in diverſem Sinne Dernburg § 149 I Ziff. 2; Jacobi S. 66 ff.; Oertmann § 793 Note 4; Coſack § 260 Note 5; Enneccerus § 340 Ziff. II; Planck § 793 Note 3 b.

28) S. u. Ziff. 3 am Ende.

29) Man kann dies auch ſo ausdrücken, daß jedes Inhaberpapier zugleich kraft Geſetzes die Vortheile eines Legitimationspapiers (ſ. u. § 315) bietet. Nicht aber umgekehrt!

des Papiers zu stützen sein, da er durch gutgläubigen Erwerb Eigenthümer wird[30]). Arg. §§ 932 ff., 935 BGB.

3. Der Inhaber ist nicht darum berechtigt, weil er das Papier vom Aussteller oder einem anderen Gläubiger durch Abtretung erworben hat, sondern auf Grund der Erklärung des Ausstellers, dem Inhaber haften zu wollen. Die Folge ist

a) daß der Aussteller dem Inhaber, wenn dieser nach Maßgabe des Papiers fordert, keine Einwendungen aus der Person seiner Vormänner (der früheren Inhaber des Papiers) entgegensetzen kann. Vielmehr kann der Aussteller dem jeweiligen Inhaber nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus der Urkunde selbst oder aus seinen persönlichen Beziehungen zum Präsentanten des Papiers ergeben[31]). § 796[32]). Also

α. Einwendungen gegen die Gültigkeit der Ausstellung[33]), wohin auch gehört, daß das Papier gefälscht sei.

β. Sonstige Einwendungen, welche sich aus dem Inhalt der Urkunde ergeben: z. B. hinsichtlich des Betrags, des Orts oder der mangelnden Fälligkeit der Schuld; Einwendungen aus dem Schuldgrunde, falls die Urkunde ihn angibt[34]). Oder auf der Urkunde ist eine bereits erfolgte Theilzahlung vermerkt[35]).

γ. Einwendungen, welche dem Aussteller des Papiers unmittelbar gegen den Inhaber zustehen[36]): z. B. der Einwand der Stundung, der Aufrechnung mit Forderungen des Ausstellers wider den Inhaber; die Berufung auf Ungültigkeitsgründe der Verpflichtung, die nach den früheren Ausführungen dem bösgläubigen oder grobfahrlässigen Erwerber des Papiers entgegenstehen[37]) und die allgemeine Dolus-

30) Also auch Berechtigter für die in dem Papier verbriefte Leistung. — Abgesehen davon geht der Einwand gegen einen bloßen Besitzdiener.

31) Vgl. o. § 308 zu Note 6 ff. — Jacobi S. 206 ff.

32) Wegen des Einwands der über das Papier verhängten Zahlungssperre, der abgelaufenen Vorlegungsfrist (Verjährung) und der gerichtlichen Kraftloserklärung der Urkunde s. u. § 312.

33) S. o. § 310 Ziff. 2. Doch wirken einzelne dieser Ungültigkeitsgründe gegen spätere gutgläubige Erwerber des Papiers nicht. Vgl. eod. zu Noten 41—43.

34) S. o. § 310 Noten 18—21. Soweit die Einwendung nach den dortigen Ausführungen dem Inhaber als solchen entgegensteht.

35) Hier richtet sich der Einwand gegen den entsprechenden Theil der Schuld.

36) Zu diesen gehört auch die Ziff. 2 besprochene Einwendung der mangelnden Verfügungsberechtigung des Inhabers über die Urkunde. Ebenso wenn der Inhaber selbst die Ausstellung des Papiers erschlichen, z. B. den Aussteller betrogen, — oder wenn er schon Zahlung empfangen und das Papier nicht zurückgegeben hat.

37) Hierhin gehört vor Allem die Ausgabe oder Weiterbegebung des Papiers aus verbotenem, z. B. unsittlichem Grunde. S. o. Note 14 i. f. u. Cit. Unter

einrede (wenn der Erwerber sonstige dem Vormann entgegenstehende Einwendungen bei dem Erwerbe des Papiers kannte oder dasselbe gar in der Absicht erwarb, dem Aussteller dadurch die betreffenden Einwendungen abzuschneiden.

b) Der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet[38]). Er braucht also nur Zug um Zug gegen die Aushändigung zu leisten und hat die entsprechende Einrede[39]). Mit der Aushändigung erwirbt er das Eigenthum an der Urkunde zurück, selbst wenn der Inhaber nicht Eigenthümer des Papiers resp. darüber verfügungsberechtigt war[40]). § 797[41]).

4. Für den näheren Inhalt der Verpflichtung ist in erster Linie der Inhalt der Urkunde entscheidend[42]). So z. B. betreffs Ort und Zeit der Leistung[43]) oder ihrer näheren Modalitäten. Sind für die einzelnen Zinsleistungen einer Schuld besondere Zinsscheine ausgegeben, so bleiben diese[44]) mangels gegentheiliger Angabe im Zins-

---

diesem Gesichtspunkt stehen dem Inhaber eventuell auch Einwendungen aus der Person der Vormänner entgegen. S. oben Note 33, § 310 bei Note 28. S. darüber noch Jacobi S. 209 ff., 223 und die Litteratur zu Art. 82 WO. — Wegen der Rechtskraftwirkungen s. Hellwig, Rechtskraft (1901) S. 304 ff.

38) Darin liegt zugleich, daß der Inhaber die Leistung beim Aussteller zu erheben hat. Er muß ihm das Papier „präsentiren".

39) Zur Vermeidung der Gefahr von Doppelleistungen. Denn zwar dem Empfänger der ersten Leistung, nicht aber späteren Inhabern des Papiers könnte er (nach lit. γ) diese Leistung entgegensetzen. S. noch Jacobi S. 123 ff. — Das Zug- um Zugverhältniß bestimmt sich wie bei der Quittung. S. o. § 182 zu Note 67. — Das Recht auf Quittung (nach § 368 BGB.) bleibt unberührt.

40) Es gelten hinsichtlich des Rückerwerbs ähnliche Grundsätze wie hinsichtlich der ersten und weiteren Begebung der Urkunde (oben Ziff. 1). Also kann das Eigenthum auch a non domino zurückerworben werden. Fraglich bleibt allein, ob dies (arg. § 935 Abs. 2) blos bei gutem Glauben des Ausstellers, oder (§ 797 BGB.) auch dann möglich sei, wenn letzterer die mangelnde Verfügungsberechtigung des Inhabers kennt. Vgl. Strohal, Sachbesitz in Ihering's Jahrb. Bd. 38 S. 125; Oertmann § 797 Note 2; Planck eod. Note 2. Wir werden den Fall streng im Anschluß an das oben Note 27 Gesagte zu entscheiden haben. Soweit der Aussteller danach dem bloßen Inhaber leisten darf, erwirbt er auch unwiderruflich an der dagegen ausgehändigten Urkunde das Eigenthum. Darüber hinaus kann ihm das Papier vom wahren Berechtigten wieder abverlangt werden, wie dieser die erfolgte Zahlung überhaupt nicht gegen sich gelten zu lassen braucht.

41) Auf Grund des Rückerwerbs ist er vor nochmaliger Präsentation der Urkunde zur Zahlung geschützt.

42) Wegen der Auslegung des Inhalts s. schon oben § 310 Note 36.

43) Auch die allgemeinen gesetzlichen Regeln darüber (oben §§ 155 ff.) sind anwendbar. Die Leistung kann auch auf Sicht gestellt sein (s. § 799 Abs. 1 i. f. BGB.). Die Fälligkeit hängt dann von der Vorlegung des Papiers ab. Verzug beginnt nicht vor der Präsentation.

44) Trotzdem sich die Beschränkung der Verpflichtung (§ 310 Note 18) hier aus dem Inhalt der Urkunde ergibt (s. o. Note 34). Die Bestimmung des § 803 BGB. ist eine Ausnahmevorschrift. Vgl. Jacobi S. 279 ff.

schein[45]) auch dann in Kraft, wenn die Hauptforderung erlischt[46]) oder die Zinspflicht aufgehoben oder beschränkt wird[47]). Damit steht dann die Schutzvorschrift für den Aussteller in Verbindung, daß letzterer für jeden bei Tilgung der Hauptschuld[48]) nicht zurückgegebenen Zinsschein den auf denselben entfallenden Betrag, zu dessen Zahlung er verpflichtet bleibt[49]), zurückbehalten darf[50]). § 803 BGB.[51]). Auf Dividendenscheine findet die Vorschrift keine Anwendung, da diese nicht auf bestimmte Beträge lauten[52]). Auch die Erneuerungsscheine (Talons), welche mit verzinslichen Inhaberpapieren ꝛc. neben den Zins- und Dividendenscheinen zur Sicherung des Fortbezugs der letzteren, wenn sie erschöpft sind, ausgegeben werden[53]), verlieren mit der Haupturkunde von selbst ihre Bedeutung[54]). Arg. § 805 BGB.[55]). Gegentheilige Bestimmungen sind aber auch hier zulässig[56]).

5. Die Verpflichtung des Ausstellers soll nicht ewig dauern. Hinsichtlich der Begrenzung durch Zeitablauf können aber nicht die gewöhnlichen Verjährungsregeln[57]) Anwendung finden, weil die Rechte aus dem Papier an den Besitz des Papiers gebunden sind, folglich gerade

---

45) Wo es dann bei § 796 BGB. verbleibt.

46) Z. B. durch Erfüllung, Aufrechnung, confusio, Kraftloserklärung des Hauptpapiers.

47) Auch durch sog. Ausloosung und Konvertirung der Papiere. S. noch §§ 11 ff. d. RG. über die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen v. 4. Dez. 1899.

48) Resp. Einlösung der Hauptschuldverschreibung.

49) Nur solange die Zahlungspflicht besteht. Dies ist nicht unbeschränkt der Fall (s. u. § 312).

50) Das Zurückbehaltungsrecht kann (arg. § 273 BGB.) durch Sicherheitsleistung abgewendet werden.

51) Im Uebrigen modifizirt diese Bestimmung die allgemeinen Grundsätze über die Zinsen nicht (z. B. Verjährung, das Verbot von Zinseszinsen ꝛc.). S. auch oben § 149 Note 32 ff.

52) S. auch Motive Bd. 2 S. 702 u. § 228 Abs. 2 HGB.

53) Ueber die Frage, ob ein Zinsanspruch nach Maßgabe der Hauptschuldverschreibung auch unabhängig von der neuen Couponserie geltend gemacht werden kann, wenn die Ausfolgung einer solchen mit einem der Obligation entsprechenden Inhalt verweigert wird, s. Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 154, Bd. 31 S. 145.

54) Sie sind (mangels besonderer Bestimmung auf der Urkunde) nicht Inhaberpapiere. A. M. Cosack § 267 Note 9, § 274 Note 3. Aber der Textsatz spricht dagegen. Nach § 805 BGB. darf die Ausgabe neuer Zinsscheine ꝛc. an den Inhaber des Talons überhaupt nicht erfolgen, wenn der Inhaber der Haupturkunde widerspricht. S. u. § 312 II Ziff. 3. Deneke, Der Erneuerungsschein (Talon) in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 42 S. 353; Jacobi S. 289 ff. Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 154 ff., Bd. 4 S. 141, Bd. 31 S. 147 ff.

55) Aehnlich § 230 HGB. für die Ausgabe neuer Aktiengewinnantheilsscheine ꝛc. — Dagegen gibt es bei den Karten und Marken des § 807 BGB. regelmäßig weder Zins- noch Erneuerungsscheine.

56) Vgl. dazu Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 268 u. Cit.

57) S. Bd. I §§ 114 ff.

solange dauern als das Papier selbst[58]). Dies widerspricht aber der obligatorischen Natur der Berechtigung[59]) und dem Bedürfniß des Verkehrs, der die Verpflichtung aus dem Inhaberpapier nach gewisser Zeit als erledigt betrachtet[60]).

a) Das Gesetz hat daher eine Ausschlußfrist von 30 Jahren[61]) seit dem Eintritt der für die Leistung bestimmten Zeit[62]) festgesetzt. Binnen dieser Frist ist das Papier dem Aussteller zur Einlösung vorzulegen[63]), widrigenfalls der Anspruch des Inhabers aus der Urkunde erlischt. § 801 BGB. Vorlegungsfrist. Bei Zins-, Renten- und Gewinnantheilsscheinen[64]) beträgt die Vorlegungsfrist 4 Jahre, vom Schluß des Jahres ab gerechnet, in welches der für die Leistung bestimmte Zeitpunkt fällt[65]). Endlich kann bei allen Urkunden die Vorlegungsfrist sowohl hinsichtlich des Beginns als ihrer Dauer durch einen besonderen Vermerk des Ausstellers in der Urkunde abweichend bestimmt werden. Abs. 2 u. 3. Abgesehen davon[66]) ist

α. das Institut der Vorlegungsfrist zwingenden Rechts[67]). Mit Ablauf der Frist erlischt das Forderungsrecht aus dem Papier; es wird nicht blos eine Einrede dagegen begründet[68]). Anderseits wird die Frist nicht blos durch außergerichtliche Präsentation des Papiers zur Einlösung, sondern auch durch gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs aus der Urkunde[69]) gewahrt[70]). § 801 Abs. 1 i. f.

---

58) Sie werden auch durch den Zeitablauf nicht verdunkelt, da sie eben in dem Papier verbrieft sind. Vgl. den entsprechenden Ausschluß der Verjährung bei Rechten, die im Grundbuch eingetragen sind (oben § 114 zu Note 14).

59) S. o. § 138 Ziff. 3, wonach Forderungsrechte regelmäßig nicht für die Dauer bestimmt sind.

60) Vgl. über das ältere Recht Brunner a. a. O. S. 229 ff. u. Motive Bd. 2 S. 703.

61) S. dazu Motive Bd. 2 S. 703 ff. Ferner Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 215; Brunner S. 231; Jacobi S. 266 ff. und über den Begriff der Ausschlußfristen oben Bd. I § 112.

62) Seit der Fälligkeit. Bei auf Sicht zahlbaren Papieren beginnt die Frist von dem Augenblicke an, da die Präsentation möglich ist (arg. § 199 BGB.) also regelmäßig sofort. Andere wollen diesenfalls eine gewöhnliche 30jährige Verjährung an die Stelle treten lassen. — Wegen der Fristberechnung s. im Uebrigen Bd. I § 120.

63) Eine frühere (vorzeitige) Vorlegung kommt nicht in Betracht.

64) S. über Koupons und Dividendenscheine schon oben Ziff. 4.

65) Entsprechend dem § 201 BGB. S. dazu Jacobi S. 287.

66) Vgl. dazu Jacobi S. 269.

67) Aehnlich wie die Verjährung. S. o. Bd. I § 114 Ziff. 3.

68) S. o. Bd. I § 112 zu Note 7.

69) Dies ist besonders für die Fälle wichtig, wo der Aussteller nicht aufzufinden, oder aus anderen thatsächlichen Gründen dem Gläubiger unmöglich ist,

β. Durch Anordnung der Zahlungssperre über ein abhanden gekommenes Papier[71]) wird der Lauf der Vorlegungsfrist zu Gunsten des Antragstellers[72]) gehemmt. Vgl. § 802 BGB. u. §§ 1019 ff. CPO. Die Hemmung beginnt mit Stellung des Sperrantrags und dauert regelmäßig bis zum Ende des Verfahrens auf Kraftloserklärung der Urkunde[73]). Tritt der Hemmungsgrund vor Beginn der Vorlegungsfrist ein, so hemmt er (für die Zeit seiner Dauer) deren Beginn[74]).

b) Ist das Papier innerhalb der Frist vorgelegt, ohne daß es demnächst eingelöst wurde[75]), so erlischt der Anspruch des Gläubigers nicht schon mit dem Ablauf der Frist. Doch läuft nunmehr eine gewöhnliche Verjährung des Anspruchs bis 2 Jahre nach dem Ende der Vorlegungsfrist[76]). § 801 Abs. 1 Satz 2. Durch die Vorlegung ist die Forderung aus dem Inhaberpapier in ein neues Stadium getreten. Sie ist zum Theil schon ausgeübt; nur in der Hauptsache noch nicht: daher soll sie von nun an wie jeder andere Anspruch verjähren[77]). Dies

die Vorlegung zu bewirken. — Gerichtliche Geltendmachung sind Klagerhebung und die sonstigen in § 209 BGB. der Klagerhebung gleichgestellten Akte.

70) Eine Erklärung des Ausstellers, das Papier nicht einlösen zu wollen, entbindet den Inhaber von der Vorlegung ꝛc. binnen der Frist nicht. — Der Gläubiger hat die Vorlegung ꝛc. innerhalb der Frist darzuthun, wenn er nach Ablauf der betreffenden Zeit fordert. Vgl. Prot. Bd. 2 S. 544.

71) S. u. § 312 zu Note 21 ff. Die Vorschrift hängt mit der zulässigen Kraftloserklärung abhanden gekommener Inhaberpapiere zusammen.

72) Nicht zu Gunsten dritter Personen, welche die Zahlungssperre nicht beantragt haben.

73) Falls die Zahlungssperre (nach § 1020 CPO.) vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens angeordnet ist, dauert die Hemmung bis zum Ablauf von 6 Monaten seit Beseitigung des der Einleitung jenes Verfahrens entgegenstehenden Hindernisses. — Diese Frist wird ihrerseits nach §§ 203, 206, 207 BGB. gehemmt: also durch Stillstand der Rechtspflege und (hinsichtlich des Ablaufs) durch Mangel der gehörigen Vertretung des geschäftsbeschränkten Berechtigten oder des Nachlasses, zu dem die Forderung gehört (oben § 116 I Ziff. 1 b u. Ziff. 2). § 802 i. f. BGB.

74) Vgl. noch Art. 174 EG.BGB.

75) Ingleichen wenn das Papier innerhalb der Frist gerichtlich geltend gemacht war (oben Note 69), ohne daß Zahlung erlangt wurde. S. jedoch für diesen Fall auch § 218 BGB.

76) Dieser Wechsel des juristischen Gesichtspunkts ist künstlich; er empfahl sich aus praktischen Rücksichten. S. darüber die Ausführung der Prot. Bd. 2 S. 545 ff.

77) Es ist streitig, ob die Verjährung sofort mit Vorlegung des Papiers beginnt (also binnen einer Verjährungsfrist, die sich zusammensetzt aus dem Rest der Vorlegungsfrist und weiteren 2 Jahren), oder ob die Verjährung (binnen 2 Jahren) erst mit Ablauf der Vorlegungsfrist anfängt. Daß letztere Gestaltung möglich ist, beweist § 490 BGB.; mit dem Wortlaut des § 801 ist die eine wie die andere Meinung vereinbar. Somit sind allein die inneren Gründe entscheidend, die dafür sprechen, daß hier durch die Vorlegung ein Wechsel der rechtlichen Situation herbeigeführt wird. A. M. Dernburg § 150 Note 3; Jacobi S. 268; Oertmann § 801 Note 4. Zustimmend Planck eod. Note 3.

schließt die Abtretung in der bisherigen Weise nicht aus. Die Verjährung läuft ohne Rücksicht auf eine solche Abtretung weiter; dem letzten Inhaber steht nach Ablauf der Zeit die Verjährungseinrede entgegen. Hinsichtlich der Hemmung, Unterbrechung der Verjährung 2c. gelten die gewöhnlichen Regeln[78]). Durch Zahlungssperre wird aber auch hier die Verjährung gehemmt[79]). § 802.

Für die in § 807 erwähnten Karten, Marken 2c. besteht keine Vorlegungsfrist. Die Forderung verjährt nach den gewöhnlichen Grundsätzen.

§ 312.

C. Erneuerung des Papiers und Aufgebot.

Weil das Inhaberpapier Träger der darin verbrieften Berechtigung ist, bedarf es einer Sicherung des Gläubigers gegen die Gefahren der Beschädigung oder des Abhandenkommens des Papiers[1]).

I. Im Fall bloßer Beschädigung oder Verunstaltung der Urkunde, die sie zum Umlaufe untauglich macht, während ihr wesentlicher Inhalt und die Unterscheidungsmerkmale[2]) noch deutlich erkennbar sind, kann der Inhaber vom Schuldner die Ertheilung einer neuen Urkunde gegen Aushändigung der alten verlangen[3]). Die Kosten hat der Inhaber zu tragen und vorzuschießen. § 798 BGB.[4]). Für Papiergeld bestehen Sondervorschriften[5]). Bei Karten und Marken 2c. ist der Erneuerungsanspruch ausgeschlossen. § 807.

II. Ist der wesentliche Inhalt oder die Individualität des Papiers nicht mehr erkennbar, oder ist es vernichtet[6])

---

78) Die §§ 202—217, 222, 224, 225 BGB. sind anwendbar. Nach deren Grundsätzen (Bd. I § 116 Ziff. III) kommen Unterbrechungs- und Hemmungsgründe aus der Person eines Inhabers dem anderen nicht unbedingt zu Statten.

79) Das oben Note 71 ff. Gesagte ist anwendbar.

1) Vgl. § 311 Noten 25, 38 ff.

2) Die Individualität, z. B. die Nummer der Urkunde (s. o. § 310 Ziff. 4 a).

3) Zug um Zug. S. § 274 BGB. — Vollständige Identität, z. B. in der Nummer, ist nicht zu verlangen. Gleichwerthigkeit der neuen mit der alten Urkunde genügt.

4) Entsprechende Bestimmung bei Aktien und Interimsscheinen in § 229 HGB.

5) Vgl. § 6 Abs. 2 d. RG. v. 30. April 1874; § 4 Abs. 2 RBankG. v. 14. März 1875 2c.

6) Der vorhergehende Textfall ist in § 799 BGB. in dem Ausdruck „Vernichtung" mit inbegriffen. Arg. § 798 eod. S. noch Mattes, Ist die Amortisation einer Urkunde zulässig, die der Antragsteller selbst absichtlich oder unabsichtlich vernichtet hat? (1899) bes. S. 27, 44.

oder verloren (abhanden gekommmen), so ist zu Gunsten des Inhabers das Verfahren auf Kraftloserklärung der Urkunde eingeführt[7]). § 799 BGB.; §§ 946 ff., 1004 ff. CPO. Der Aussteller hat dazu auf Verlangen in geeigneter Weise mitzuwirken, insbesondere die erforderliche Auskunft zu ertheilen[8]). Die Urkunde wird in gerichtlichem Verfahren[9]) öffentlich aufgeboten[10]), und wenn sich kein Anderer als Inhaber meldet[11]), durch Urtheil[12]) für kraftlos erklärt. D. h. es werden alle etwaigen Rechte Dritter aus dem Papier durch den gerichtlichen Ausspruch ausgeschlossen[13]). Derjenige, zu dessen Gunsten das Ausschlußurtheil ergeht, hat dem Aussteller gegenüber die Rechte aus der Urkunde: er kann also, wenn die darin verbriefte Leistung fällig ist, auf Grund des Urtheils unmittelbar diese Leistung[14]), — wenn sie noch nicht fällig ist oder der Verlierer sie noch nicht geltend machen will, Ertheilung einer neuen Urkunde an Stelle der alten verlangen[15]). Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen[16]). §§ 1018 CPO., 800

---

7) S. über das Amortisationsverfahren schon oben Bd. I § 63 II Ziff. 3. Vgl. Jacobi S. 111 ff.

8) Vgl. § 799 Abs. 2 BGB. u. §§ 1010—1013 CPO. Die Kosten der erforderlichen Zeugnisse hat der letzte Inhaber als Antragsteller zu tragen und vorzuschießen.

9) Antragsteller kann auch der Schuldner selbst als Verlierer sein. — Das Verfahren ist hier nicht darzustellen. Zuständig ist das Amtsgericht des Erfüllungsorts, eventuell des allgemeinen Gerichtsstands des Ausstellers. Der Gesuchsteller hat die Urkunde genau zu bezeichnen, seine Legitimation und den Verlust der Urkunde glaubhaft zu machen (§ 1005, 1007 CPO.).

10) Das Aufgebot muß den in § 1008 CPO. bezeichneten Inhalt haben, insbesondere für den Fall der Nichtmeldung die Kraftloserklärung der Urkunde androhen. Das Aufgebot ist nach §§ 1009 ff. eod. öffentlich bekannt zu machen.

11) Ueber eventuelle besondere Ermittelungen des Gerichts s. §§ 1010 Abs. 2, 1011 Abs. 2 CPO. — Meldet sich ein Besitzer, so entsteht zwischen diesem und dem Antragsteller ein gewöhnlicher Rechtsstreit (dem Antragsteller ist nach § 1016 cit. zunächst Einsicht der Urkunde zu gestatten).

12) S. § 1017 CPO. auch über die öffentliche Bekanntmachung des Urtheils. — Das Urtheil ist Ausschlußurtheil (wie stets im Aufgebotsverfahren). Der eventuelle dritte Inhaber wird zu Gunsten des Antragstellers mit seinen Rechten aus der Urkunde ausgeschlossen.

13) Auch wenn der Erwerber des Papiers gutgläubig war (also nach §§ 932 ff. BGB. das Eigenthum daran erlangt hat und auch vom Aufgebotsverfahren nichts erfuhr).

14) Die Leistung bleibt gültig (befreit den Aussteller), auch wenn das Ausschlußurtheil nachträglich in Folge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird, es sei denn daß der Leistende bösgläubig war. § 1018 Abs. 2 CPO.

15) Gegen beide Ansprüche hat der Aussteller übrigens dieselben Einwendungen, wie gegen die Forderung aus der Urkunde selbst, wenn sie nicht verloren gegangen wäre (s. o. § 311 Noten 20 ff., 25, 31 ff.).

16) Entsprechend oben Ziff. I (auf diesem Wege kann das Aufgebotsverfahren schließlich zu demselben Resultate führen). Das oben Note 3 wegen der Identität der alten und neuen Urkunde Gesagte ist auch hier anwendbar.

BGB.[17]). Auf Grund der Neuausstellung ist dann auch wieder eine Weiterbegebung der Urkunde möglich. Umgekehrt erlangt, wer die für kraftlos erklärte Urkunde erwirbt, auch wenn er gutgläubig ist, daraus kein Recht[18]), — nicht mehr als aus einer gefälschten[19]) oder sonst werthlosen Urkunde[20]).

Uebrigens kann das Gericht auf Antrag des Verlierers schon während der Dauer des Aufgebotsverfahrens[21]) die sog. Zahlungssperre anordnen[22]), d. i. ein Verbot an den Aussteller und die bezeichneten[23]) Zahlstellen, noch fernerhin auf Präsentation des Papiers zu leisten oder auf die Haupturkunde neue Zins-, Renten-, Gewinnantheils- oder Erneuerungsscheine[24]) auszugeben[25]). Sie thäten es auf eigene Gefahr[26]). Auch dies muß sich selbst ein gutgläubiger Erwerber des gesperrten Papiers gefallen lassen: er hat das Papier mit der in Rede stehenden Beschränkung erworben[27]). § 1019 CPO. Auch für die Zahlungssperre ist der Aussteller zur geeigneten Mitwirkung verpflichtet[28]). § 799 Abs. 2 BGB. Anderseits ist die Zahlungssperre nur ein Provisorium, dessen Wirkungen entweder von der völligen Kraftloserklärung der Urkunde abgelöst werden[29]), andernfalls nach gewisser Zeit[30]) oder bei Vorlegung der Urkunde[31]) wieder aufzuheben sind[32]). § 1022 CPO.

---

17) S. noch § 16 ReichsschuldenO. v. 19. März 1900 und § 6 Abs. 2 i. f. d. RG. v. 30. April 1874, wonach unter Umständen kein Aufgebot erforderlich ist.

18) Dieser Fall ist von dem bei Note 13 erwähnten verschieden.

19) S. v. § 311 Ziff. 3a zu Note 33.

20) Ob er Regreß gegen seinen Veräußerer hat, ist eine andere nicht hierher gehörige Frage.

21) Ja unter Umständen schon vor der Einleitung dieses Verfahrens. Siehe § 1020 CPO.

22) Eine arrestatorische Maßregel gegen die Gefahren, die der Zeitablauf von der Einleitung des Aufgebotsverfahrens bis zum Ausschlußurtheil mit sich bringt.

23) Im Papier oder sonst vom Antragsteller.

24) S. über diese Scheine oben § 311 Ziff. 4.

25) Das Verbot ist in gleicher Weise wie das Aufgebot öffentlich bekannt zu machen. §§ 1019, 1020 CPO.

26) Die erfolgte Zahlung oder Ausgabe der genannten Scheine wäre dem Antragsteller gegenüber unwirksam. § 136 BGB.

27) Wie oben Noten 13 u. 18. Deswegen wird die Zahlungssperre öffentlich bekannt gemacht. S. o. Note 25.

28) Wie oben Note 8. Durch Auskunft u. s. w.

29) Wenn es dazu nach den obigen Regeln kommt.

30) Mit Erledigung des Aufgebotsverfahrens ohne Ausschlußurtheil oder (bei der vor Einleitung dieses Verfahrens angeordneten Zahlungssperre), wenn die Einleitung nicht binnen 6 Monaten nach Beseitigung des entgegenstehenden Hinderniſſes beantragt wird. § 1022 CPO.

31) Weil dann in gewöhnlichem Rechtsstreit über die Besserberechtigung eines der beiden Prätendenten entschieden wird. S. o. Note 11.

Daß die Zahlungssperre, weil sie die wirksame Präsentation des Papiers verhindert, für die Zeit ihrer Dauer den Lauf der Vorlegungsfrist und die Verjährung der Inhaberforderung hemmt, ist schon hervorgehoben[33]). Vgl. § 802 BGB.

1. Eine Kraftloserklärung von Inhaberpapieren[34]) findet ausnahmsweise nicht statt[35])

a) wenn sie in der Urkunde selbst ausgeschlossen ist. § 799 Abs. 1 BGB.

b) Kraft Gesetzes bei Zins-, Renten- und Gewinnantheilsscheinen[36]), weil hier die Kraftloserklärung verkehrsmäßig nicht üblich ist und auch zu schwierig wäre[37]). Ebensowenig bei allen auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen, § 799 Abs. 1 i. f.[38]), und den eigentlichen Geldpapieren[39]). Auch bei den in § 807 BGB. erwähnten Karten, Marken oder ähnlichen Verpflichtungszeichen findet, ihrer ephemeren Natur wegen, regelmäßig keine Kraftloserklärung statt. Doch bleiben entgegengesetzte landesrechtliche Vorschriften bestehen[40]). Art. 102 Abs. 1 EG.

2. Die Folge des Ausschlusses der Kraftloserklärung ist regelmäßig, daß mit dem Verluste des Papiers für den Inhaber ein entsprechender Rechtsverlust verbunden ist[41]). Nur bei Zins-, Renten- und Gewinnantheilsscheinen ist ein anderer Ausweg eröffnet. § 804 BGB.[42]). Da bei diesen Scheinen die kurze (4jährige)

---

32) Auch die Aufhebung ist öffentlich bekannt zu machen.

33) S. o. § 311 Ziff. 5 bei Noten 71 ff. u. 79. Ueber die Dauer dem Hemmung s. das. Note 78 (entsprechend oben Note 30).

34) Einschließlich der Zahlungssperre.

35) Ob das Papier auf Geld lautet oder nicht, macht keinen Unterschied.

36) S. o. § 311 Ziff. 4. — Auch nicht bei Erneuerungsscheinen, weil diese keine Inhaberpapiere sind (s. daselbst Note 54). S. noch unten Ziff. 3.

37) Dem Aussteller und den sonstigen Zahlstellen ist die stete Kontrolle, ob unter den periodisch massenhaft zur Auszahlung gelangenden Papieren sich keine aufgebotenen befinden, nicht zuzumuthen. Vgl. Jacobi S. 285 ff. — S. übrigens unten Ziff. 2.

38) Wegen der geldähnlichen Natur dieser Papiere.

39) Vgl. § 4 Abs. 3 RBankG. v. 14. März 1875 und oben Note 17 Cit.

40) In diesem Falle ist der Landesgesetzgebung auch überlassen worden, die Voraussetzungen und Wirkungen der Kraftloserklärung ꝛc. und das Verfahren zu bestimmen. § 11 EG.CPO. — In Betracht kommen hauptsächlich Urkunden von Kreditinstituten und Verkehrsanstalten.

41) Insbesondere kann er den Schuldner zufolge § 797 BGB. nicht mehr in Anspruch nehmen.

42) Doch kann dieser Weg (nach Abs. 2 daselbst) durch einen im Schein enthaltenen entgegengesetzten Vermerk des Ausstellers ausgeschlossen werden. Dann bleibt es bei der obigen Regel. — Ebenso bei den in Art. 100 Ziff. 2 genannten Scheinen kraft Landesgesetzes.

Vorlegungsfrist besteht[43]), so kann sich der Verlierer, wenn nicht der Schein innerhalb der Frist vorgelegt ward, sein Gläubigerrecht wider den Aussteller erhalten. Dazu hat er dem Aussteller *vor Ablauf der Vorlegungsfrist Anzeige von dem Verlust zu machen*[44]), und kann dann *nach Ablauf der Frist Leistung verlangen* wie wenn er den Schein noch besäße und innerhalb der Frist vorgelegt hätte[45]). Doch verjährt dieser Anspruch in 4 Jahren[46]). Wird dagegen der abhanden gekommene Schein während der Vorlegungsfrist von einem Dritten zur Einlösung vorgelegt[47]) oder die Forderung aus dem Schein gerichtlich geltend gemacht, so kann von einem Anspruch des Verlierers keine Rede mehr sein[48]). Denn mangels Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens erscheint hier *der Dritte als Berechtigter*[49]). Der Verlierer kann also diesenfalls den Aussteller nicht einmal dann mehr in Anspruch nehmen, wenn die Rechte des Dritten verjährt sind[50]). Vielmehr ist der Aussteller alsdann befreit.

Zur Geltendmachung der Rechte aus § 804 hat der Verlierer den Verlust des Scheins und die innerhalb der Vorlegungsfrist erfolgte Anzeige an den Aussteller darzuthun[51]). Demgegenüber kann sich der Aussteller auf die eventuelle Vorlegung oder gerichtliche Geltendmachung des Scheins durch einen Dritten berufen[52]).

3. *Erneuerungsscheine* zum Fortbezug von Zins- und Dividenden-

---

43) S. § 801 Abs. 2 BGB. (oben § 311 Ziff. 5).

44) Empfangsbedürftige Erklärung zur Kenntnißnahme. S. o. Bd. I § 72 Note 5, § 88. — Versäumt er die Frist, so ist die Anzeige wirkungslos — der Schuldner befreit.

45) Der Anspruch dritter Personen ist hier (mangels Wahrung der Vorlegungsfrist) ausgeschlossen. Es ist also gerecht, den Betrag dem Verlierer zuzusprechen, der den Verlust sofort gemeldet hatte, statt daß der Aussteller einen ungerechtfertigten Vermögensgewinn macht. — Jedoch ist dem Aussteller *der Verlust des Papiers zu beweisen*, sonst geräth er durch seine Leistungsweigerung nicht in Verzug. S. u. Note 51 ff.

46) Weil die Verlustanzeige nicht der Präsentation des Papiers gleichgestellt werden kann, beginnt die Verjährung mit Ablauf der Vorlegungsfrist. Nach dieser entsteht hier erst der betreffende Anspruch.

47) Gleichgültig ob die Einlösung wirklich erfolgt.

48) Trotz der Verlustanzeige des letzteren vor Ablauf der Vorlegungsfrist. — Ueber den Fall, daß ein zur Zahlung *vorgelegtes* aber nicht bezahltes Papier vom Inhaber weiterveräußert *und nun fälschlich als verloren angemeldet wird*, s. Jacobi S. 287.

49) Solange der Verlierer nicht dem Dritten gegenüber in besonderem Rechtsstreit *als besserberechtigter Inhaber des Papiers obsiegt*. S. o. Note 11. — Zu einer Mittheilung an den Verlierer ist der Aussteller nicht verpflichtet.

50) Nach § 311 Note 77 ff. oben.

51) S. Jacobi S. 288, Planck § 804 Note 2.

52) Behauptet der Verlierer, *dies sei erst nach Ablauf der Vorlegungsfrist* geschehen, so hat er dies seinerseits (replicando) darzuthun.

koupons (wenn deren ausgegebene Anzahl erschöpft ist) unterliegen schon deshalb nicht der Kraftloserklärung, weil sie nicht Inhaberpapiere sind[53]). Sie dienen wesentlich den Rechten des Inhabers der Haupturkunde. Dieser kann bei Verlust des Erneuerungsscheins der Ausgabe neuer Scheine an einen Dritten widersprechen und unter Vorlegung der Haupturkunde die Ausgabe an sich selbst verlangen. § 805. Einer Kraftloserklärung des alten Scheins bedarf es daneben nicht[54]).

§ 313.

D. Umwandelung in Namenpapiere.

1. Soll ein Inhaberpapier längere Zeit in derselben Hand verbleiben, so kann der Berechtigte sich gegen die Gefahren, die der Verlust des Papiers mit sich bringt[1]), regelmäßig durch Umschreibung des Papiers auf seinen Namen sichern. § 806 BGB.[2]).

Das Inhaberpapier verliert dadurch seinen Charakter. Es hört auf Inhaberpapier zu sein, bleibt aber Werthpapier[3]) und verbrieft als solches von nun an die Rechte des bestimmten Gläubigers, auf dessen Namen es umgeschrieben ist. Die Eigenthümlichkeiten der Inhaberschuld[4]) fallen also hinweg; an deren Stelle treten die gewöhnlichen Grundsätze der Forderungsrechte[5]). Z. B. die Rechte aus dem Papier können jetzt nur noch im Wege der Forderungsabtretung auf einen Anderen übertragen werden[6]): der Andere ist Rechtsnachfolger des Uebertragenden[7]). Es stehen ihm folglich alle Einwendungen entgegen, die aus der Person seines Rechts-

---

53) S. o. § 311 Ziff. 4 zu Note 54.

54) Da der Erneuerungsschein durch den erwähnten Widerspruch seinen selbständigen Werth verliert. Vgl. hierzu Jacobi S. 289 ff.

1) S. §§ 794, 797, 935 BGB. u. oben § 312.

2) Vielfach wird die Umwandelung Vormündern oder sonstigen Vertretern des Berechtigten zur Pflicht gemacht (im Interesse der Sicherung des Berechtigten). S. z. B. §§ 1393, 1667, 1814, 1815, 2116, 2117 BGB. Aehnliche Vorschriften bestehen für Vorstände ꝛc. von Körperschaften. — Bei Karten und Marken des § 807 findet keine Umwandelung statt.

3) S. o. § 310 bei und in Note 3. — Ueber die Umschreibung Jacobi S. 138 ff.

4) Z. B. daß der bloße Besitzer des Papiers zur Geltendmachung der Forderung legitimirt ist und der Aussteller mit befreiender Wirkung an ihn leisten kann.

5) Das Papier ist Namenpapier (s. Bd. I § 63 Note 15 ff.) geworden und den Regeln der letzteren unterworfen. S. noch unten § 315 Ziff. I.

6) S. o. §§ 197 ff. Die Wirkung der Inhaberklausel, daß der Aussteller dem Inhaber schlechthin (unabhängig von seinem Vormann) zu leisten verspricht, ist aufgehoben.

7) Im Gegensatz zu § 311 Note 14 ff.

vorgängers wider die Forderung begründet sind[8]). Ebenso hat der Aussteller (als Schuldner) bei der Einlösung des Papiers die Berechtigung des Fordernden[9]) als Rechtsnachfolger desjenigen, auf dessen Namen das Papier umgeschrieben ist, zu prüfen[10]). Nur daß er nicht anders als gegen Auslieferung der Urkunde zu leisten braucht[11]), bleibt als Eigenthümlichkeit der bisherigen Rechtsgestaltung übrig[12]). Aber dies beruht auf der allgemeinen Natur der Werthpapiere[13]).

2. Uebrigens kann das auf den Namen umgeschriebene Papier auch wieder in ein Inhaberpapier verwandelt werden, und zwar in derselben Weise wie die erste Umwandelung erfolgte[14]). Die Rückverwandelung geschieht zum Zweck der leichteren Veräußerlichkeit des Papiers, wenn letzteres nicht länger dauernd in den Händen eines Berechtigten verbleibt.

3. Die Umwandelung kann nach § 806 BGB. nur durch den Aussteller erfolgen[15]). Dies ergibt sich folgerecht aus der mit der Umschreibung verbundenen Umwandelung der Verpflichtung des Ausstellers. Denn ein Anderes ist es, dem „Inhaber", oder einem bestimmten Gläubiger und dessen Rechtsnachfolgern verpflichtet zu sein. Das letztere ist für den Schuldner entschieden beschwerlicher[16]). Der Aussteller ist daher zur Umschreibung überhaupt nicht verpflichtet[17]). § 806. Alle ehemaligen Umschreibungssysteme, welche die Ver-

---

8) Im Gegensatz zu § 311 Note 31 ff. — Also § 404 BGB. und das oben § 200 Gesagte ist anwendbar.

9) Als Präsentanten des Werthpapiers. Denn nach Bd. I § 63 Note 24 bleibt es bei dem Erforderniß der Präsentation.

10) Nach den Regeln der §§ 182, 199 ff. oben. Denn der Schuldner befreit sich jetzt nicht mehr durch Leistung an den Präsentanten des Papiers als solchen (Note 4); er schuldet nur mehr einem bestimmten Gläubiger und dessen Rechtsnachfolgern. Leistet er einem Anderen, so muß er eventuell dem richtigen Gläubiger zum zweitenmale leisten.

11) Also für den Fordernden genügt es nicht, sich als richtigen Rechtsnachfolger desjenigen auszuweisen, auf dessen Namen das Papier umgeschrieben worden ist (Note 10), wenn er nicht zugleich die Urkunde selbst vorlegen kann.

12) Jedoch nicht als Gültigkeitserforderniß der Abtretung. Also nachträgliche Uebergabe genügt. — Zu dieser ist der Abtretende nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet. Arg. § 402 BGB.

13) Es gilt bei allen Namenpapieren (Bd. I § 63 Note 16), auch solchen, die nicht als Inhaberpapiere begonnen haben. S. auch unten § 315 Ziff. I.

14) Darüber s. u. Ziff. 3. Staatsgenehmigung im Sinne des § 795 BGB. ist für die Rückverwandelung nicht mehr erforderlich.

15) Sie geschieht durch einen Vermerk auf dem Papier („Umgeschrieben auf Herrn N. N." u. dgl. mit Unterschrift des Ausstellers).

16) Wegen der damit (bei Vermeidung von Doppelzahlungen) verbundenen Prüfungspflicht der Berechtigung des Fordernden. S. o. Note 10. Mit dieser Prüfung darf der Schuldner nicht wider seinen Willen belastet werden.

17) Sie stellt sich regelmäßig dar als ein Vertrag über die Schuldumwandelung.

wandelung der Inhaberschuld in eine Namensschuld ohne Zustimmung des Ausstellers zuließen, sind beseitigt[18]). Jedoch kann

a) der Aussteller sich schon in der Urkunde gültig zur Umschreibung des Papiers auf den Namen eines ihn darum ersuchenden Inhabers verpflichten[19]).

b) Bei Inhaberschuldverschreibungen eines Bundesstaats oder ihm angehörender juristischer Personen des öffentlichen Rechts[20]) kann das Landesrecht eine ähnliche Verpflichtung des Ausstellers zur Umschreibung des Papiers auf einen bestimmten Namen aussprechen[21]). Art. 101 EG.BGB. Das Landesrecht kann hier zugleich die Wirkungen, welche die Umwandelung im Gefolge hat[22]), und das Verfahren der Kraftloserklärung bestimmen[23]).

V. Orderpapiere*.

§ 314.

1. Die Orderpapiere sind Namenpapiere[1]), aber mit besonderer Erleichterung der Uebertragung. Soweit sie Forderungsrechte verbriefen[2]), gelten dafür zunächst nur die allgemeinen Regeln des

18) Die trifft insbesondere das ehemals in Norddeutschland üblich gewesene System der Außerkurssetzung von Inhaberpapieren durch einseitigen Vermerk des Gläubigers auf der Urkunde. Vgl. darüber Marsson, Die Außerkurssetzung der Inhaberpapiere (1887). Die Außerkurssetzung ist nach Art. 176 EG.BGB. beseitigt. — Aehnlich verhält es sich mit der in Bayern eingebürgerten Vinkulirung von Inhaberpapieren durch einseitigen Vermerk des Inhabers, daß das Papier für einen Anderen als Kaution dienen solle.

19) Das Versprechen ist nach Analogie eines pactum de contrahendo zu beurtheilen. Es ist einseitig, aber als solches verpflichtend wie die ganze Urkunde.

20) S. o. Bd. I §§ 49, 57.

21) Davon ist z. B. in Art. 18 Preuß. AG. Gebrauch gemacht. Vgl. auch Bayern Art. 49—59 u. Bekanntmachungen v. 1899, 1900; Bad. AG.z.ZwVollstrG. u. CPO. § 12; Württemb. Art. 181 ff. u. VO. v. 26. Jan. 1900; Hessen Art. 68 ff. 2c.

22) Z. B. über die Rückverwandelung in Inhaberpapiere und überhaupt über die freiwillige Umwandelung 2c.

23) Hierhin kann auch gerechnet werden die besondere Art, wie die Besitzer von Reichs- und Staatsschuldverschreibungen sich in das Reichsschuldbuch oder das betreffende Staatsschuldbuch eintragen lassen können. S. RG. v. 31. Mai 1891 und Art. 97 EG.BGB. (z. B. in Verbindung mit dem preuß. Ges. v. 20. Juli 1883 u. 8. Juni 1891). Vgl. Jacobi S. 139 ff.

*) Vgl. Brunner, Werthpapiere in Endemann's Handb. d. Handelsrechts Bd. 2 S. 186; Behrend, Unvollkommene Orderpapiere (1892); Jacobi, Werthpapiere (1901) bes. S. 246 ff. u. die Litteratur des Wechselrechts.

1) S. o. Bd. I § 63 Ziff. II zu Note 17 ff. Insofern stehen sie im Gegensatz zu den Inhaberpapieren. Ueber den wirthschaftlichen und technischen Zusammenhang mit denselben s. o. § 303 bes. Note 16.

2) Von Namensaktien und Interimsscheinen, die nach §§ 222 Abs. 3, 224 HGB. auch durch Indossament übertragen werden können, ist hier abzusehen.

Schuldrechts und der Werthpapiere. Das Papier braucht keineswegs eine abstrakte Verpflichtung zu enthalten[3]), und die Rechte, die es dem Gläubiger gibt, bestimmen sich nach dem näheren Inhalt jener Verpflichtung. Das, was dem Orderpapier seinen Charakter gibt, ist die sog. Orderklausel: gleich der Inhaberklausel eine eigenartige Modifikation der Verpflichtung des Schuldners[4]). Zufolge dieser Klausel verpflichtet sich der Aussteller der Urkunde nicht blos dem darin benannten Gläubiger und dessen Rechtsnachfolgern[5]), sondern unabhängig davon allen Personen, die der Erstgläubiger bezeichnen wird[6]). Diese Bezeichnung geschieht durch einen Vermerk des Gläubigers auf der Urkunde[7]) (Indossament), verbunden mit Uebergabe der Urkunde an den Bezeichneten[8]). Letzterer kann die Urkunde in derselben Weise weiterübertragen. Der Aussteller schuldet die in der Urkunde verbriefte Leistung demjenigen, der sich durch eine vom Erstgläubiger ausgehende ununterbrochene Kette von Uebertragungsvermerken[9]) und den Besitz der Urkunde als Gläubiger ausweist. Aber der Aussteller schuldet die Leistung dem Präsentanten des Papiers[10]) nicht als Nachfolger im Rechte seiner Vorgänger, sondern er schuldet sie ihm persönlich aus der Orderklausel[11]), zufolge deren er sich dem ordermäßigen Erwerber des Papiers verpflichtet hatte. Das Gläubigerrecht des Erwerbers (Indossatars) leitet sich also nicht von seinen Vormännern (den Indossanten), sondern vom Aussteller der Urkunde

3) Z. B. Lade- und Lagerscheine, Transportversicherungspolicen beziehen sich auf bestimmte kausale Verpflichtungsgeschäfte (s. o. §§ 264 ff., 275 ff., 291 ff.). An dieser Stelle ist nur die eigenthümliche Bedeutung der Orderklausel zu erörtern, die der Inhaberklausel (oben § 310 Note 51 ff.) parallel geht.

4) Die Orderklausel geht nur weniger weit als die Inhaberklausel. Aber zahlreiche Regeln der Inhaberpapiere finden auf die Orderpapiere Anwendung.

5) Insbesondere Cessionaren (s. o. §§ 197 ff., 313 Note 6 ff.), obschon die Cession auch hier zulässig ist. Hierüber und über Pfandrecht ꝛc. an Orderpapieren s. auch Jacobi S. 253 ff., 55 ff.

6) Cui (creditor) ordinaverit. Daher der Name Orderpapiere. Uebrigens kann sich der Aussteller als Erstberechtigten auch selbst benennen und alsdann das Papier mittelst Indossament ausgeben. Denn auch für Orderpapiere gilt die Kreationstheorie (s. u. Ziff. 4).

7) Z. B. „Für mich an N. N." (Unterschrift). Einer Ortsbezeichnung und Datirung bedarf es nicht. — Weil die Bezeichnung meist auf der Rückseite der Urkunde (in dorso) erfolgt, heißt der Vermerk: Indossament. Vgl. Art. 11 WO., § 365 HGB.

8) Wegen ihrer Qualität als Werthpapier.

9) S. Art. 36 WO. u. § 365 Abs. 1 HGB.

10) Wegen der Werthpapiersnatur ist auch hier der Aussteller regelmäßig nur gegen Aushändigung der Urkunde zur Zahlung verpflichtet. S. o. Bd. I § 63 II Ziff. 3. Vgl. z. B. Art. 39 WO., § 364 Abs. 3 HGB.

11) Entsprechend der Verpflichtung aus der Inhaberklausel, s. o. § 311 Ziff. 3.

selbst her[12]), und unterliegt daher im Allgemeinen nur solchen Einwendungen, welche sich aus der Urkunde selbst oder aus den unmittelbaren Beziehungen des Ausstellers zum Fordernden ergeben. Vgl. Art. 82 WO., § 364 Abs. 2 HGB.

2. Die Orderklausel kann nicht allen Namenpapieren ohne Beschränkung beigefügt werden[13]). Als Orderpapiere sind reichsrechtlich[14]) anerkannt[15]): der Wechsel[16]), Anweisungen, die auf einen Kaufmann über die Leistung von Geld, Werthpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt sind, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist[17]), Verpflichtungsscheine, die von einem Kaufmann über dieselben Gegenstände ohne Abhängigmachung von einer Gegenleistung ausgestellt sind[18]), — Konnossemente der Seeschiffer, Ladescheine der Frachtführer[19]), Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten[20]) — Bodmereibriefe und Transportversicherungspolicen[21]), sofern in allen diesen Fällen die Verpflichtung an Order gestellt ist[22]). Art. 9 u. 98 WO., § 363 HGB.

Die Orderklausel ist bei Wechseln selbstverständlich, sodaß es zu

---

12) Daher ist das Indossament (Giro), ebensowenig wie der Erwerb von Inhaberpapieren, der Uebertragung von Forderungsrechten (Cession) anzureihen. Zwar ist die Orderklausel ursprünglich als Ersatz der (vielfach verschränkten) Forderungsabtretung entstanden. Aber sie war als Ersatzmittel schon damals hauptsächlich nur deshalb möglich, weil sie rechtlich etwas anderes war! Ebenso ist heute ihre Struktur und wirthschaftliche Funktion von der Forderungsabtretung wesentlich verschieden.

13) Von der Farblosigkeit, die die Verpflichtung durch den gesteigerten Gläubigerwechsel — die Abziehung von der Person eines bestimmten Berechtigten — erlangt, s. schon oben § 303 Ziff. 2 u. 3.

14) Das Landesrecht kann innerhalb der vorbehaltenen Materien andere Orderpapiere zulassen. S. Art. 21 EG.HGB.

15) Für eine Erweiterung des Rahmens Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 227 ff. u. Rechtskraft (1901) S. 280 ff. — Dagegen Cosack § 269 Ziff. I.

16) Hier ist die Verpflichtung schon an sich so farblos wie möglich. Siehe Art. 4 u. 96 WO.; und über die Aehnlichkeit des gezogenen Wechsels mit der Anweisung oben § 307 Note 13.

17) S. o. §§ 307 ff. Die Anweisung hat im Uebrigen die dortige Natur. S. auch § 309 i. f. Jacobi S. 300.

18) Das heißt nicht, daß das Versprechen abstrakt sein müsse. S. Entsch. d. ROHG. Bd. 8 S. 433, u. d. RG. Bd. 12 S. 92, Bd. 14 S. 101. Jacobi S. 300 ff.

19) Vgl. dazu allgemein Hellwig a. a. O. S. 497 ff., Jacobi S. 302 ff.

20) Nur zur Ausstellung eines Lagerscheins an Order bedarf es staatlicher Ermächtigung. S. Jacobi S. 308 ff. Im Gegensatz zu oben § 310 Note 65 ff.

21) Ehrenberg, Versicherungsrecht I S. 472; Jacobi S. 311 ff. — Die einzelnen Fälle sind hier nicht weiter zu erörtern.

22) Also nur zufolge des Willens des Ausstellers bei der Kreation des Papiers (s. u. Ziff. 4).

ihrem Ausschluß eines besonderen Vermerks im Wechsel bedarf[23]). Bei den anderen Papieren versteht sie sich nie von selbst, muß vielmehr in der Urkunde besonders ausgedrückt sein[24]).

3. Ist das Papier an Order gestellt, so kann es nicht nur der erste Gläubiger, sondern auch jeder spätere Berechtigte[25]) weiterindossiren. Reicht der Raum auf dem Papier nicht aus, so können die Indossamente auf ein damit verbundenes Blatt (Allonge) gesetzt werden. Vgl. Art. 10, 11 WO., § 365 HGB. Das erste Indossament muß von dem in der Urkunde benannten Gläubiger, jedes folgende von dem Indossatar des unmittelbar vorhergehenden Indossaments herrühren. Auf diese Weise legitimirt sich der letzte Indossatar als Substitut des ersten Berechtigten[26]) und folglich als Selbstberechtigter aus dem Papiere[27]).

Uebrigens kann im Indossament der Name des Substituten[28]) auch zur beliebigen Ausfüllung ausgelassen werden. Hier spricht man von Blankoindossament. Auf Grund desselben kann der Erwerber des Papiers dasselbe ohne neues Indossament weiterbegeben[29]), indem er dem Erwerber die Ausfüllung durch Einrückung seines Namens in die Lücke[30]) überläßt[31]). Der letzte Erwerber des Papiers gilt dann als Indossatar des letzten Indossanten (von dem das Blankoindossament herrührt)[32]).

a) Das Indossament ist wie jeder Uebertragungsakt[33]) von seinem

23) „Nicht an Order". Vgl. Art. 9, 96, 98 WO.

24) Indem die verbriefte Leistung an eine bestimmte Person „oder dessen Order" u. dgl. zugesagt wird. § 363 HGB. (Vgl. über die Inhaberklausel oben § 310 Note 51.)

25) Indossatar oder Cessionar (s. o. Note 5) eines Berechtigten, sofern nur die Cession wirksam stattfand. S. RG. Bd. 26 S. 100. Ebenso die Erben eines Berechtigten.

26) Cui ordinaverit. S. o. bei Note 6.

27) Wegen der Prüfung dieser Berechtigung s. u. Ziff. 5.

28) Des Indossatars! Niemals des ersten Gläubigers.

29) Es bedarf nur der Uebergabe des mit dem Namensvermerk des Indossanten versehenen Papiers.

30) Der Erwerber kann auch, ohne dies zu thun, das Papier einfach an einen Dritten weitergeben und diesem überlassen, durch Einrückung seines Namens die Lücke auszufüllen, und so fort. Hier bedarf es zur Weiterbegebung nur noch der Uebergabe des Papiers (der darin enthaltene Namensvermerk des Blankoindossanten deckt alle weiteren Uebergaben).

31) Ja die Ausfüllung des Blankoindossaments braucht nicht einmal wirklich zu geschehen. Da sie jederzeit möglich ist, wird der Fall so behandelt, als ob es geschehen wäre! Demnach bedarf das Blankoindossament zu seiner Gültigkeit nichts weiter, als der Namensunterschrift des letzten Indossanten. Alles Weitere versteht sich danach von selbst. Vgl. Art. 12 WO.

32) Das Orderpapier wird durch das Blankoindossament keineswegs zum Inhaberpapier. Der letzte Inhaber bleibt durch das Blankoindossament mit dem in der Urkunde benannten Erstberechtigten als Indossatar verbunden.

33) Vgl. die entsprechenden Ausführungen bei der Cession, der Begebung von Anweisungen, Inhaberpapieren u. dgl.

Rechtsgrunde zu unterscheiden. Warum der Erstgläubiger die in dem Papier verbrieften Rechte einem Anderen weitergibt, ob er sie verkauft, an Zahlungsstatt überträgt ꝛc., kommt für die Wirksamkeit der Uebertragung nicht in Betracht[34]). Diese Personen stehen in dem sog. Valutaverhältniß. Sie haben regelmäßig die Gegenleistung für die Uebertragung schon erhalten oder noch zu erwarten[35]). Geht die in dem Papier verbriefte Leistung nachträglich nicht ein, so folgt daraus ein Regreß des Hintermannes gegen seinen Vormann[36]) nach Maßgabe des Grundverhältnisses[37]). Nur beim Wechsel schließt das Indossament eine Garantie für den richtigen Eingang der Wechselsumme schon von selbst in sich[38]). Jedes Indossament gibt hier dem Nachmann in seinem Vormann einen neuen Schuldner für den Fall, daß der Hauptverpflichtete den Wechsel nicht ordnungsmäßig einlöst[39]). Die verschiedenen Wechselregreßschuldner haften dem Nachmann als Gesammtschuldner, sodaß nicht blos der unmittelbare, sondern jeder Vormann auf Schadloshaltung in Anspruch genommen werden kann[40]). Art. 14, 25 ff., 41 ff. 49 WO. Anderseits kann diese Regreßpflicht im Indossament selbst gültig abgelehnt werden[41]).

b) Ist ein Indossament ungültig, z. B. von einem Geschäftsunfähigen vollzogen, oder gefälscht, so erwirbt der betreffende Indossatar

---

34) Anders nur bei dem sog. Prokuraindossament, in welchem zum Ausdruck gebracht ist, daß der Indossatar die Rechte aus dem Papier für den Indossanten geltend machen solle. Art. 17 WO. (Anders beim Vollindossament zu Inkassozwecken, wo dieser Zweck nach Außen nicht hervortritt.) Die Folge ist, daß beim Prokuraindossament der Indossatar kein selbständiges Recht aus dem Papier hat: daß ihm alle Einwendungen entgegengesetzt werden können, die seinem Indossanten entgegenstanden (umgekehrt können ihm auch aus seiner eigenen Person keine Einwendungen entgegengesetzt werden). Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 118 ff. Das Prokuraindossament ist im Verkehr nicht beliebt. Es ist nahezu durch das gewöhnliche Indossament zum Inkasso verdrängt (vgl. die Analogie der Anweisung zum Inkasso oben § 307 Note 19). Bei diesem hat der Indossatar die gewöhnlichen Rechte. Siehe aber noch unten bei Note 83.

35) Vgl. o. § 308 Ziff. III.

36) Bei Inhaberpapieren tritt dieser Punkt nicht besonders hervor, weil der bisherige Inhaber nach Weiterbegebung des Papiers als solcher nicht weiter erkennbar ist, während er hier aus den Indossamenten ersichtlich bleibt. Bei Inhaberpapieren fragt man einfach nach der Gewährleistung für das übertragene Papier. — S. dagegen bei der Anweisung § 309 II Ziff. 3.

37) Folglich ist der Regreß auch hier kein springender. S. o. § 309 Note 28.

38) Also kraft Gesetzes. — Man spricht von der Garantiefunktion des Wechselindossaments neben der Transportfunktion. Vgl. Jacobi S. 251 ff.

39) Was hier durch eine öffentliche Urkunde (Protest) festzustellen ist.

40) Hier ist also ein sog. springender Regreß (regressus per saltum) zulässig. Doch ist der Ausdruck nicht bezeichnend.

41) Durch einen Zusatz: „ohne Gewähr, ohne Obligo" u. dgl. Art. 14 WO.

daraus natürlich keine Rechte[42]). Dagegen wirkt auch hier die Ungültigkeit nicht immer gegen weitere gutgläubige Erwerber[43]). Art. 82 WO., § 364 HGB. Die Brauchbarkeit des Order für den Verkehr würde dadurch erheblich beeinträchtigt, die Rechtssicherheit bei dem Erwerb des oft durch viele Hände gegangenen Papiers nahezu aufgehoben. Ist daher der letzte Indossatar durch eine formell richtige ununterbrochene Kette von Indossamenten[44]) mit dem Erstberechtigten aus dem Papier verbunden, so schadet die etwaige Ungültigkeit einzelner Zwischenindossamente nicht, wenn der Fordernde das Papier gutgläubig erworben hatte[45]).

4. Die Ausstellung des Orderpapiers ist ein einseitiger Akt des Schuldners. Dasselbe gilt für alle Indossamente[46]). Dieselben sind einseitige Akte des betreffenden Gläubigers, wenngleich ein Anderer daraus Rechte nur unter der Voraussetzung erwirbt, daß der Vermerk auf ihn lautet[47]) und er den Besitz des Papiers erlangt[48]).

a) Das Gläubigerrecht einer bestimmten Person aus dem Orderpapier entsteht regelmäßig durch einen Begebungsvertrag, entsprechend der ersten Ausgabe resp. Weiterbegebung bei Inhaberpapieren[49]); nur daß zur Weitergabe[50]) hier nicht der einfache Uebergabevertrag genügt, sondern das indossirte Papier zu übergeben ist[51]). — Anderseits kann der in der Urkunde selbst oder im Indossament bezeichnete Berechtigte[52]) sich den Besitz des Papiers und damit das Gläubigerrecht auch hier möglicherweise ohne Vertrag verschaffen, in welchem Falle § 794 BGB. zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers entsprechend anwendbar ist[53]).

42) Ist ein Indossament aus sonstigen Gründen als solches ungültig, so kann es als Cession wirken. Arg. § 140 BGB.

43) Wie oben ∞ 310 Note 38 ff. Vgl. Jacobi S. 206 ff. S. auch Art. 76 WO.

44) S. o. Note 8 ff. Oder durch ein Blankoindossament (Note 28 ff.).

45) Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 2 S. 282. Ueber die Erfordernisse des guten Glaubens oben § 310 Note 28.

46) Die Kreationstheorie (s. o. § 310 Note 22 ff.) gilt auch für Orderpapiere. Vgl. auch Cosack, Handelsr. § 50. — Faksimilirung der Unterschriften (wie § 310 Note 56) ist hier nirgends erlaubt.

47) Wegen des Blankoindossaments s. o. Noten 29 ff. u. 32.

48) Wie bei Inhaberpapieren. S. o. § 310 Note 25 ff. — Wegen Prüfung der Verfügungsberechtigung des Präsentanten s. noch unten Ziff. 5.

49) S. o. § 311 Ziff. 1a und b.

50) Also zum Indossament.

51) Aehnlich wie bei der ersten Ausgabe die Urkunde den Namen des Erstberechtigten angibt.

52) Resp. auf Grund eines gültig vollzogenen Blankoindossaments Jedermann.

53) Vgl. o. § 310 Ziff. 1 Note 26 ff. Z. B. das Orderpapier zu Gunsten des B liegt beim Aussteller, oder das auf C indossirte Papier liegt bei B zur Begebung bereit. Ein Dritter stiehlt es und händigt es gegen Empfang der Valuta im ersten Falle dem B, im zweiten dem C ein, indem er sich für den Aussteller resp. für den Indossanten ausgibt. Der gutgläubige B oder C erwirbt die Rechte aus dem Papier.

b) Die Gültigkeit der Ausstellung, des Indossaments und der eventuellen Begebungsverträge ist gesondert zu beurtheilen[54]). Die Geltendmachung der Ungültigkeit gegen gutgläubige Erwerber des Papiers unterliegt denselben Beschränkungen wie bei Inhaberpapieren[55]). Arg. Art. 82 WO. u. § 364 Abs. 2 HGB., die dem § 796 BGB. entsprechen[56]).

5. Wer sich als in der Urkunde benannter Erstberechtigter oder durch eine von diesem ausgehende zusammenhängende Kette von Indossamenten als Substitut (Order) des Erstberechtigten ausweist[57]) und das Papier vorlegen kann, ist zur Geltendmachung des darin verbrieften Rechtes legitimirt[58]). Art. 36 WO., § 365 Abs. 1 HGB. Will der Schuldner ihm gleichwohl seine Berechtigung aus dem Papier bestreiten, so hat er den entsprechenden Beweis zu führen[59]). Verpflichtet ist er dazu (auch gegenüber dem wahren Gläubiger) im Allgemeinen nur in demselben Umfang wie bei Inhaberpapieren[60]). Arg. § 793 Abs. 1 i. f. BGB., Art. 36 i. f. WO., § 365 HGB.

6. Inhaltlich bestimmt sich die Verpflichtung des Ausstellers auch hier nach dem Inhalt der Urkunde[61]) und im Uebrigen nach den Vorschriften des allgemeinen[62]) und besonderen Schuldrechts[63]). Der Aus-

54) Das Indossament steht gewissermaßen der Ausstellung der Urkunde gleich („das Indossament ist eine neue Tratte"). S. Thöl § 110. Für beide gilt also entsprechend das oben § 310 Ziff. 2 Gesagte. Für die Begebungsverträge anderseits § 311 Ziff. 1a und b.

55) Verbotene Rechtsgründe der Begebung an den Erstgläubiger oder einen Indossatar, die in der Urkunde keinen Ausdruck gefunden haben, wirken nur wie in § 310 Note 30, § 311 Note 14 i. f. S. u. Ziff. 6 lit. γ.

56) S. auch Jacobi S. 206.

57) Uebrigens kann das Papier mittelst jener Form auch verpfändet werden. § 1292 BGB. S. o. Note 5 und das Sachenrecht.

58) Er braucht im Wesentlichen nur seine Identität mit dem bezeichneten Gläubiger oder dem letzten bezeichneten Indossatar und eine formell ordnungsmäßige auf ihn herabreichende Kette von Indossamenten (oder als letztes Indossament ein Blankoindossament) darzuthun. Uebrigens genügt der Nachweis der Namensübereinstimmung. Sache des Schuldners ist es, trotzdem die Identität zu bestreiten. S. u. Noten 59, 60.

59) Z. B. durch die Behauptung, daß das auf den Fordernden lautende Indossament ungültig oder gefälscht, oder daß der Präsentant trotz der Namensübereinstimmung mit dem bezeichneten Berechtigten nicht identisch sei. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 35 S. 76.

60) S. o. § 311 Ziff. 2, insbes. daselbst Note 27. Jacobi S. 252 ff. u. Cit. Danach ist der Schuldner befreit, wenn er die Identität ohne besonderes Verschulden annimmt.

61) Vgl. o. § 311 Ziff. 4.

62) Von einem Verzug des Schuldners kann erst nach Präsentation des Papiers die Rede sein, außer wenn letzteres domizilirt bezw. der Schuldbetrag an eine bestimmte Stelle zu überbringen ist.

63) Z. B. des Wechselrechts hinsichtlich der Verpflichtung der Annahme von Theilzahlungen, hinsichtlich des Zinsfußes und der Verjährung des Wechsels. S. Art. 38, 50, 77, 81, 98, 100 WO.

steller haftet zufolge der Orderklausel dem legitimirten Erwerber des Papiers persönlich[64]). Er kann sich daher

a) gegen ihn nur solcher Einwendungen bedienen, welche sich aus der Urkunde[65]) selbst[66]) oder aus seinen persönlichen Beziehungen zum Erwerber des Papiers ergeben. Hierher gehören

α. Einwendungen gegen die Gültigkeit der Ausstellung des Papiers resp. der darin enthaltenen Erklärungen[67]). Dahin gehört z. B. daß der Erklärende bei der Niederschrift nicht vollkommen geschäftsfähig war[68]), daß die Erklärung von einem Vertreter ohne Vollmacht abgegeben, oder daß sie erzwungen, erschlichen oder durch einen wesentlichen Irrthum veranlaßt sei[69]). Doch wirken auch hier nur Mängel der Geschäftsfähigkeit[70]) und absolute Willensmängel[71]) gegen jeden Erwerber der Urkunde[72]), während die Berufung auf Irrthum, Betrug und Drohung[73]), sowie auch auf die Abgabe der Erklärung zum Schein[74]) regelmäßig nur gegenüber solchen Erwerbern gestattet ist, die das Papier in Kenntniß des Ungültigkeitsgrundes erworben haben[75]).

---

64) Anders soweit der Inhaber des Papiers das letztere durch Cession erwarb. S. o. Note 5. Ebenso rückt der Erbe des letzten Indossatars selbstverständlich in dessen Rechtsstellung ein. Und einem bloßen Prokuraindossatar (oben Note 34) stehen die Einwendungen aus der Person seines Indossanten entgegen, da er nur für diesen handelt. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 22 S. 175 ff.

65) S. hierzu oben § 308 I Ziff. 2, § 311 Ziff. 3 und die dortigen weiteren Angaben.

66) Bei Wechseln nach Wechselrecht. S. Art. 82 WO. Z. B. daß der Wechsel verjährt oder präjudizirt sei u. s. w., neben den allgemeinen Einwendungen (s. u.). Die Fassung des Art. 82 WO. ist unklar. Sie ist wesentlich aus § 796 BGB., § 364 Abs. 2 HGB. zu interpretiren resp. damit in Einklang zu bringen. S. auch Jacobi S. 206 ff. u. Cit. Einwendungen aus der causa des Wechsels sind regelmäßig keine aus dem „Inhalt der Urkunde", sondern aus dem Begebungsvertrage. S. Note 55 u. Cit.

67) Vgl. § 364 Abs. 2 HGB., der nach den Motiven beabsichtigtermaßen den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Anweisungen und Schuldverschreibungen auf den Inhaber entspricht. Daß es zur Gültigkeit der Urkunde der Angabe des Verpflichtungsgrundes nicht bedarf, versteht sich danach von selbst. — Wegen einzelner Indossamente s. noch unten Note 79.

68) Vgl. §§ 104 ff. BGB., Art. 1 WO. Fälle und Behandlung entsprechen dem oben § 310 Ziff. 2 Gesagten. — Der Schuldner hat zu beweisen, daß ihm die Fähigkeit, sich gültig zu verpflichten, fehlte. S. das. Note 34.

69) S. Bd. I §§ 92 ff. u. § 310 Note 35.

70) Arg. Art. 1 u. 82 WO.

71) Bei Ausstellung zum Scherz oder unter absolutem Zwang (Bd. I §§ 93, 95 Note 4). Ebenso ist der Fall der Fälschung zu behandeln. § 310 Note 39. Ausfüllung eines Blanketts ist aber keine Fälschung, sondern nur eine Vertragswidrigkeit oder Betrug (Dinge, die prinzipiell nur zwischen den Parteien wirken, zwischen denen sie vorgekommen sind). S. auch Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 110.

72) S. § 310 Note 40.

73) Die Anfechtung ist regelmäßig ein persönliches Recht gegenüber bestimmten Personen aus dem speziellen Anfechtungsgrunde.

74) Aus dem Grunde § 310 Note 42.

β. Ebenso stehen dem Erwerber des Papiers diejenigen Einwendungen entgegen, die sich unmittelbar aus dem Inhalt der Urkunde ergeben. Denn anders als nach diesem Inhalt will der Erklärende nicht haften. Dies gilt also z. B. hinsichtlich des in der Urkunde verbrieften Betrags, der Höhe des Accepts[76]), hinsichtlich des Ortes und der Zeit der Leistung, für Einwendungen aus dem Schuldgrunde, falls die Urkunde ihn angibt[77]), und für die Legitimation des Fordernden nach Inhalt des Papiers[78]), soweit die Mängel nach dem Recht des Order dem gegenwärtigen Gläubiger entgegenstehen[79]).

γ. Schließlich kann der Aussteller dem Erwerber alle Einwendungen entgegensetzen, die sich gegen den legitimirten Erwerber der Urkunde als solchen richten[80]). § 364 Abs. 2 HGB., Art. 82 WO. Z. B. den Einwand der Aufrechnung wider denselben[81]). Einwendungen aus der Person der Vormänner wirken gegen den Fordernden nur dann, wenn es sich um Ungültigkeitsgründe handelt, die dem bösgläubigen oder grobfahrlässigen Erwerber des Papiers entgegenstehen[82]). Eventuell auf dem Wege der allgemeinen Doluseinrede, wenn der Erwerber dem Vormann entgegenstehende Einwendungen wider die Schuld

---

75) Oder in Unkenntniß, die auf grober Fahrlässigkeit beruht. Siehe § 310 Note 28.

76) Wenn die Annahme nur für einen geringeren Betrag erfolgt ist. So bei der kaufmännischen Anweisung und beim gezogenen Wechsel.

77) Wozu das oben § 310 Noten 18 ff. Gesagte zu bemerken ist.

78) Also insbesondere nach der zusammenhängenden Kette von Indossamenten, die bis zu dem jetzigen Berechtigten hinführt. S. o. bei Note 57 ff.

79) Die Gültigkeit des Indossaments z. B. wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit des Indossanten, wesentlichen Irrthums, Betrugs ꝛc. ist nach lit. α zu beurtheilen. Es handelt sich auch hier um in der Urkunde enthaltene Erklärungen. Das Gleiche gilt auch für gefälschte Indossamente. — Doch gilt es unbedingt nur für das auf den Fordernden selbst lautende Indossament. Die Nichtigkeit sowie die Fälschung früherer Indossamente (und selbstverständlich auch die bloße Anfechtbarkeit) wirkt gegen einen späteren Indossatar gemeiniglich nur dann, wenn er das Papier in Kenntniß des Ungültigkeitsgrundes des früheren Indossaments oder in grober Fahrlässigkeit erwarb. Vgl. Art. 76, 98 WO. Dernburg § 145 zu Note 3.

80) Einwendungen aus der Person der Vormänner als solcher sind hier wie bei Inhaberpapieren ausgeschlossen (s. o. § 311 Ziff. 3), z. B. der Einwand der Aufrechnung gegenüber einem Vormann, oder daß letzterer Zahlung erhalten und das Papier nicht zurückgegeben habe ꝛc.

81) Oder daß der Fordernde selbst den Aussteller des Papiers betrogen (die Urkunde erschlichen) habe; daß er schon Zahlung empfangen habe u. dgl.

82) S. o. zu Noten 75 u. 79. Hierhin gehört auch der Fall, wenn das Papier zu einem verbotenen, insbesondere zu unsittlichem Zwecke, oder zur Begleichung einer Spielschuld oder sonst unklagbaren, gesetzlich mißbilligten Schuld (s. o. § 140) ausgegeben oder weiterindossirt worden ist. Auch dieser Mangel wirkt gegen spätere Erwerber des Papiers nicht, wenn sie gutgläubig sind. Die Begründung s. o. Note 55 u. Cit., sowie entsprechend § 308 Note 13.

im Augenblicke des Erwerbes kannte[83]) oder das Papier in der Absicht erwarb, dem Schuldner die betreffenden Einwendungen abzuschneiden.

b) Der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der quittirten[84]) Urkunde zur Leistung verpflichtet[85]). Art. 39 WO., § 364 Abs. 3 HGB. Doch wird hierdurch die Verpflichtung des Schuldners zur nochmaligen Zahlung nicht berührt, wenn er das Papier von einem nicht legitimirten Besitzer ohne die vorschriftsmäßige Prüfung[86]) eingelöst hatte.

7. Nur bei einzelnen Orderpapieren besteht eine Vorlegungsfrist[87]). Die Verjährung des Anspruchs aus dem Papier ist die gewöhnliche oder eine besonders normirte[88]).

8. Ist die Urkunde vernichtet oder abhanden gekommen, so unterliegt sie der Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens[89]). Art. 73 WO., § 365 Abs. 2 HGB. Zur Einleitung desselben ist nur befugt, wer auch das Recht aus der Urkunde geltend machen könnte[90]). § 1004 CPO. Eine Zahlungssperre findet nicht statt[91]); ebensowenig nach erfolgter Kraftloserklärung die Ausstellung eines neuen Papiers[92]). Vielmehr kann derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, dem Verpflichteten gegenüber die Rechte aus der Urkunde geltend machen[93]). Ja der betreibende Theil[94]) kann schon während der Dauer des Aufgebotsverfahrens gegen Sicherheitsleistung[95]) vom Verpflichteten Zahlung nach Maßgabe der Urkunde verlangen. Art. 73 WO., § 365 Abs. 2 HGB.

---

83) Vgl. o. § 36 Note 19; Staub zu Art. 82 WO. § 16. Beispiele in Entsch. d. RG. Bd. 4 S. 100, Bd. 11 S. 9, Bd. 12 S. 118, Bd. 23 S. 110, Bd. 33 S. 44 ff. — Wegen Rechtskraft s. Hellwig, Rechtskraft (1901) S. 289 ff.

84) Die Quittung ist also (im Gegensatz zu oben § 308 Note 17, § 311 Note 39) zunächst auf das Papier zu setzen. Wenn dann keine Zahlung erfolgt, so vgl. Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 67.

85) Geleistete Theilzahlungen sind (ohne Aushändigung) nur auf der Urkunde selbst abzuschreiben.

86) Darüber s. o. Ziff. 5 Note 57 ff.

87) Vgl. Art. 19, 20, 31 WO. Die Bedeutung derselben ist theilweise anders als oben § 311 Ziff. 5 bei Inhaberpapieren.

88) Z. B. die Wechselverjährung. Vgl. Art. 77 ff., 100 WO.

89) Aehnlich wie bei Inhaberpapieren, s. o. § 312 Ziff. II.

90) Also der nach Ziff. 5 legitimirte Berechtigte. Nach erfolgtem Blankoindossament der bisherige Inhaber. Der Schuldner selbst, soweit die in blanco indossirte Urkunde nach dem Erwerb durch den Schuldner noch von Bedeutung ist.

91) Die §§ 1019 ff. CPO. (s. o. § 312 Note 21 ff.) beschränken sich auf Inhaberpapiere.

92) Wie oben § 312 Note 15. § 800 BGB. beschränkt sich auf Inhaberpapiere.

93) Nach Maßgabe des § 1018 CPO.

94) Der nach Note 90 legitimirte Antragsteller.

95) S. o. Bd. I § 134.

9. Einem Orderpapier kann die Orderklausel durch Vertrag des legitimirten Berechtigten mit dem Schuldner[96]) genommen werden. Dadurch verliert das Orderpapier seinen Charakter, bleibt aber Werthpapier[97]). Die Beseitigung der Orderklausel ist auf dem Papier zu vermerken.

VI. Legitimationspapiere.

§ 315.

I. Im Gegensatz zum Inhaber- und Orderpapier steht das einfache Werthpapier, auch Rektapapier genannt[1]). Diesen Papieren fehlt die leichte Uebertragbarkeit, welche die Inhaber- und Orderpapiere auszeichnet. Soweit sie Forderungspapiere sind[2]), handelt es sich bei ihnen um gewöhnliche Forderungsrechte[3]), die, wenn sie überhaupt übertragbar sind[4]), nach den Regeln der gewöhnlichen Forderungsabtretung übertragen werden müssen[5]), und die Rechtsstellung des Cessionars ist die gewöhnliche. Er ist also dem Schuldner[6]) gegenüber nur dann als Gläubiger legitimirt, wenn er es nach den Grundsätzen der Forderungsabtretung ist. Als Rechtsnachfolger seines Vormanns ist er allen Einwendungen ausgesetzt, welche dem Abtretenden und seinen Vormännern entgegenstanden[7]). Es gelten in dieser Hinsicht die gewöhnlichen Regeln der Forderungsrechte. Der Umstand, daß die Forderung nicht in einem gewöhnlichen Schuldschein, sondern in einem Werthpapier

96) Also nicht ohne Einwilligung des Schuldners. Der Grund ist derselbe wie bei der Umschreibung von Inhaberpapieren auf den Namen s. o. § 313. Die Schuld wird umgewandelt. Es ist ein anderes, „an Order" verpflichtet zu sein, oder einem bestimmten Berechtigten und dessen Rechtsnachfolgern.

97) Es wird einfaches Rektapapier.

1) S. o. Bd. I § 63 Note 15 ff. Ueber den vom Gesetz nirgends gebrauchten Ausdruck s. Brunner in Endemann's Handb. S. 177. Die Frage, ob es auch Rektapapiere im Sinne anderer als Werthpapiere gibt, kann daher unerörtert bleiben.

2) Anderer Art sind z. B. Hypotheken- und Grundschuldbriefe, die ein Pfandrecht verkörpern.

3) Z. B. Sparkassenbücher und vielfach Hinterlegungsscheine. — Die Rektapapiere können ohne Staatsgenehmigung auf Geld lauten. Sie bedürfen der eigenhändigen Unterschrift des Ausstellers. (Die §§ 793 i. f., 795 BGB. sind nicht anwendbar.) — Wegen der vertraglichen Begründung s. noch unten zu Note 13.

4) Arg. § 899 i. f. BGB. Z. B. bei Sparkassenbüchern ist oft die Befugniß der Uebertragung ausgeschlossen. Hinsichtlich der öffentlichen Sparkassen gilt (vorbehaltlich des § 808 BGB., s. u. Ziff. III) fortdauernd das Landesrecht. Art. 99 EG.BGB.

5) S. o. §§ 197 ff.

6) Dem Aussteller des Papiers.

7) Die §§ 199, 200 oben sind maßgebend. (Anders bei Hypotheken- und Grundschuldbriefen mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Davon im Sachenrecht.)

verbrieft ist, bewirkt nur, daß der Schuldner nicht anders als gegen Aushändigung des Papiers zu leisten verpflichtet ist[8]), und daß folglich der Gläubiger, der das Papier nicht hat, sein Recht gar nicht oder nur in beschränktem Umfang geltend machen kann[9]). Eine Kraftloserklärung des Papiers findet nur selten[10]) statt. Dagegen folgt daraus nicht umgekehrt, daß der Schuldner an denjenigen, der ihm das Papier vorlegt, zu leisten berechtigt wäre[11]). Vielmehr muß er das Gläubigerrecht des Fordernden nach den Regeln der Forderungsabtretung prüfen, und ist andernfalls zur nochmaligen Leistung an den wirklichen Gläubiger verpflichtet[12]).

Ebenso erwirbt der in dem Papier als Gläubiger bezeichnete Erstberechtigte sein Recht nur durch vertragsmäßige Begründung[13]), wenn er es auch nur nach Uebergabe der Urkunde geltend machen kann[14]).

Die Rektapapiere sind daher weder bloße Schemata für Verpflichtungen aller Art ohne Rücksicht auf ihren materiellen Inhalt, noch dienen sie der Verschärfung des Gläubigerrechts oder der Erleichterung des Verkehrs mit Schuldverhältnissen. Vielmehr ist es das in ihnen verbriefte Recht, welches den Charakter der Verpflichtung bestimmt, und daher auch die Stellung der betreffenden Rechte im System[15]). An dieser Stelle war auf die Rektapapiere hauptsächlich wegen des Kontrastes

---

8) Zug um Zug. — Das gewöhnliche Recht auf Quittung (§ 368 BGB.) bleibt unberührt.

9) Daraus folgt, daß bei der Cession der Rechte aus dem Papier das Papier dem Cessionar mit zu übergeben ist. Doch ist dies kein Gültigkeitserforderniß der Abtretung, sondern nur eine damit verbundene Verpflichtung des Abtretenden, weil sonst der Erwerber die abgetretenen Rechte nicht geltend machen kann. Arg. § 402 BGB. A. M. Jacobi S. 241 auf Grund einer Verallgemeinerung der für einzelne Rektapapiere gegebenen Vorschriften, besonders § 1154 Abs. 1 BGB., § 223 HGB. Doch werden hier überall noch sonstige Formen aufgestellt, z. B. ein schriftlicher Abtretungsvertrag ꝛc.

10) Z. B. beim Rektawechsel und den meisten unten Ziff. III genannten Papieren. S. § 808 Abs. 2 BGB.

11) Die Urkunde ist kein Inhaberpapier. Anders steht es in den unten Ziff. III hervorgehobenen Fällen.

12) Und zwar diesmal auch ohne daß der Gläubiger das Papier vorlegen kann. So schon aus Schadensersatzgründen.

13) D. h. er kann seinen Rechtsnachfolgern das im Papier verbriefte Recht nur dann begründen, wenn er es selbst hatte. Die Kreationstheorie und deren Folgen (z. B. § 794 BGB.) gilt für Rektapapiere nicht. — Ebensowenig kann die Berechtigung nach §§ 932 ff. BGB. durch Erwerb der Urkunde von einem Nichtberechtigten erworben werden.

14) Aus dem Begründungsakt folgt ein Anspruch des Berechtigten auf Aushändigung der Urkunde (wie im Fall der Note 9). Arg. § 952 BGB.

15) Die sämmtlichen in § 303 oben gegebenen Kriterien der in diesem Kapitel zusammengefaßten Schuldverhältnisse treffen nicht zu. — Wir besprechen die Hypotheken- und Grundschuldbriefe im Sachenrecht. Rektawechsel und Namens-

gegenüber den Inhaber- und Orderpapieren[16]), sodann um deswillen einzugehen, weil den Rektapapieren durch besondere Uebereinkunft bei der Ausgabe die sog. Inhaberklausel beigefügt werden kann[17]), nämlich die Befugniß des Ausstellers, sich durch Bewirkung der geschuldeten Leistung an den Inhaber der Urkunde zu befreien[18]). § 808 BGB.

II. Dieselbe Klausel kommt auch bei Orderpapieren vor, während das Recht des Order[19]) im Uebrigen bestehen bleibt.

III. Legitimationspapiere sind hiernach Namenpapiere d. h. auf den Namen eines bestimmten Berechtigten lautende Werthpapiere[20]), die mit der Bestimmung ausgegeben werden[21]), daß die in der Urkunde versprochene Leistung nicht nur an den legitimirten Berechtigten[22]), sondern an jeden Inhaber des Papiers bewirkt werden kann. § 808. Die Klausel ist besonders häufig in Sparkassenbüchern[23]), Depot-

aktien gehören dem Handels- resp. Wechselrecht an. Die auf den Namen umgeschriebenen Inhaberpapiere sind oben § 313 behandelt. Ueber Rektapapiere mit Berechtigung des Ausstellers, auch an den Inhaber zu leisten, s. u. Ziff. III.

16) Namentlich seitdem es Mode geworden ist, der Rektapapiere überall als einer besonderen Kategorie neben den Inhaber- und Orderpapieren zu gedenken. Thatsächlich wird dadurch bei den in Betracht kommenden Rechten nur ein Moment in den Vordergrund gerückt, das von verhältnißmäßig untergeordneter Bedeutung ist. S. o. bei Note 8. Es ist, wie wenn man z. B. beim Nießbrauch, dem ehelichen Güterrecht, den elterlichen Rechten am Kindesvermögen und bei manchen erbrechtlichen Instituten das damit verbundene Recht der Vermögensverwaltung herausgreifen und die betreffenden Rechte mit Rücksicht darauf im Zusammenhang behandeln wollte. Für eine Gesammtdarstellung des bürgerlichen Rechts eignet sich dies nicht.

17) Gemäß dem oben bei Note 13 Gesagten. Insofern setzt das Recht der Legitimationspapiere einen Einblick in das Wesen sowohl der Rektapapiere als der Orderpapiere, denen die Klausel beigefügt ist, voraus.

18) Das Papier wird dadurch nicht zum Inhaberpapier. Es gilt das unten Ziff. III Gesagte. Man spricht auch wohl von hinkenden Inhaberpapieren, besser von Legitimationspapieren (weil dem Schuldner die oben bei Note 11 ff. erwähnte Prüfung der materiellen Berechtigung des Fordernden abgenommen wird).

19) S. o. § 314.

20) Ueber Legitimationspapiere, die nicht Werthpapiere sind, s. u. Ziff. IV.

21) Damit soll gesagt sein, daß die Bestimmung nicht in der Urkunde enthalten zu sein braucht. Vielfach ergibt sie sich nach Inhalt des Papiers von selbst aus der Verkehrssitte. — Die Ausgabe ist im Fall der Note 17 ein Vertrag; bei Orderpapieren als Legitimationspapieren paßt der Wortlaut des § 808 nur in dem Regelfalle, daß das Papier vertragsmäßig begeben wird (oben § 314 Note 49). Wir werden aber den Fall entsprechend behandeln, wenn das die Inhaberklausel enthaltende Papier ohne Vertrag in den Verkehr gekommen ist (s. das. Note 46).

22) Also an denjenigen, der nach dem Recht der Forderungsbegründung resp. Abtretung (oben Noten 5—7, 11—12) oder nach dem Recht des Order (s. o. § 314 Ziff. 5) sich als Berechtigter der in der Urkunde verbrieften Forderung ausweist.

23) S. o. Noten 3 u. 4.

ſcheinen der Reichsbank, Pfandſcheinen der öffentlichen Leihhäuſer und Verſicherungspolicen[24]). Dieſelben werden auf den Namen eines beſtimmten Berechtigten geſtellt mit der Beſtimmung, daß auch dem bloßen Inhaber geleiſtet werden dürfe[25]).

1. Der Schuldner braucht hier zufolge der Klauſel eine Prüfung der Legitimation des Inhabers, der das Papier zur Erhebung der Leiſtung vorlegt, nicht eintreten zu laſſen. Er kann ſie aber vornehmen; denn der bloße Inhaber als ſolcher hat kein Recht auf die Leiſtung. § 808 Abſ. 1 i. f. Dabei braucht der Schuldner ſich auch nicht mit dem Beweis der Nichtberechtigung des Fordernden zu belaſten[26]), ſondern er kann von dem, der ſich zur Erhebung der Leiſtung meldet, den Beweis ſeines Gläubigerrechts verlangen, nach den Regeln der gewöhnlichen (im Rektapapier verbrieften) Forderungsrechte oder den Grundſätzen der Orderſchuldverſchreibungen. Bis zur Erbringung dieſes Nachweiſes kommt der Schuldner nicht in Verzug.

Dagegen iſt es das Recht des Schuldners, auch an den bloßen Inhaber zu leiſten[27]). Eine ſolche Leiſtung iſt Schuldtilgung, und führt gegen Aushändigung des Papiers[28]) vollkommene Befreiung des Schuldners und Aufhebung der Verbindlichkeit herbei[29]). § 808 Abſ. 1. Statt dem Inhaber zu leiſten, kann der Schuldner dem letzteren natürlich auch Einwendungen entgegenſetzen, die ſich aus ſeinem perſönlichen Verhältniſſe zu ihm ergeben, z. B. den Einwand der Aufrechnung mit einer ihm gegen den Präſentanten des Papiers zuſtehenden Forderung. Ebenſo kann er ſich vom Inhaber die Leiſtung ſtunden laſſen ꝛc.

2. Im Uebrigen aber bleiben die Eigenthümlichkeiten der betreffenden Forderungsgattung gewahrt. Nicht die Grundſätze der Inhaberpapiere, ſondern der gewöhnlichen Forderungsbegründung und Abtretung, reſp. der Orderſchuldſcheine, finden Anwendung. Danach be-

---

24) S. o. § 291 Ziff. 6.

25) Das Gleiche gilt für Checks, die auf einen beſtimmten Namen oder auf den Ueberbringer lauten. Vgl. jedoch (wegen des Landesrechts) Art. 17 EG.HGB.

26) Wie bei den Inhaberpapieren (ſ. o. § 311 Note 23 ff.).

27) Inſoweit ſchadet es ihm alſo auch nicht, wenn er ſich mit unvollſtändigen Beweiſen des Gläubigerrechts begnügt.

28) Wegen deſſen Natur als Werthpapier. S. o. Note 8, § 314 zu Note 85 und allgemein Bd. I § 63 Note 23 ff.

29) Auch gegenüber dem wahren Berechtigten (ſ. o. Note 22). Der Schuldner braucht deſſen Rechte nicht wahrzunehmen. Er haftet ihm nur nach allgemeinen Grundſätzen (ebenſo wie bei Inhaberpapieren, ſ. o. § 311 Note 27), wenn er in Kenntniß der Nichtberechtigung des Fordernden und beſonderer Fahrläſſigkeit dem letzteren anſtandslos leiſtet. S. die a. a. O. Citirten u. die Kommentare zu § 808 BGB. Die Entſcheidung iſt übereinſtimmend wie oben zu treffen.

stimmt sich auch der Kreis der Einwendungen, die den verschiedenen Präsentanten des Papiers entgegengesetzt werden können. Diese müssen sich regelmäßig die Leistung abholen[30]) und zur Erhebung derselben das Papier vorlegen. Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung desselben zu leisten verpflichtet[31]). Ist das Papier vernichtet oder abhanden gekommen, so kann es, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist[32]), nach den für Inhaberpapiere geltenden Regeln[33]) aufgeboten und für kraftlos erklärt werden. Auch die Anordnung einer Zahlungssperre[34]) ist nach denselben Regeln wie dort zulässig[35]). § 808 Abs. 2. Soweit die Landesgesetze ein anderes Verfahren bestimmen[36]), behält es bei diesem sein Bewenden[37]). Art. 102 Abs. 2 EG.BGB.

Uebrigens kann der Schuldner in diesem Falle auch von dem, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, den Nachweis seines Gläubigerrechts fordern. Denn das Urtheil ersetzt nur die Urkunde[38]).

3. Eine Vorlegungsfrist ist für Legitimationspapiere nicht eingeführt. Der Anspruch verjährt nach gewöhnlichen Grundsätzen[39]). Für die Dauer der Zahlungssperre ist die Verjährung gehemmt[40]). § 808 i. f.

4. Die Klausel, die das Papier zum Legitimationspapier macht, kann ihm vertraglich wieder genommen werden[41]). Dadurch verliert das Papier seinen Charakter[42]).

---

30) Es sei denn, daß das Papier domizilirt ist. S. o. § 314 Note 62.

31) Zug um Zug. Geleistete Theilzahlungen werden aber auch hier nur auf dem Papier abgeschrieben. — Das Recht auf Quittung bleibt unberührt.

32) In der Urkunde selbst oder durch sonstige, z. B. allgemeine reglementarische oder statutarische Vorschrift.

33) S. o. § 312 Ziff. II. Das Detail ist in § 1023 CPO. enthalten. Ueber die Veröffentlichung des Aufgebots, des Ausschlußurtheils, und über die Aufgebotsfrist können die Landesgesetze abweichende Bestimmungen treffen.

34) S. § 312 zu Note 22 ff.

35) Doch können nach § 1023 CPO. die Landesgesetze auch für deren Bekanntmachung ꝛc. abweichende Bestimmungen treffen.

36) Für die Kraftloserklärung einschließlich der (zu dem Verfahren gehörenden) Zahlungssperre.

37) Vgl. Preuß. AG.CPO. § 7; Bayr. AG. Art. 111 ff. u. AG.CPO. Art. 30; Sächs. AG. § 5; Württ. AG. Art. 188 ff., 272, AG.CPO. Art. 20a; Bad. AG.ZwVollstrG. und CPO. §§ 12, 14 ff.; Hess. AG. Art. 71 ꝛc.

38) Es hat also keine größere Kraft als die Urkunde sie hatte. Das oben Ziff. 1 Gesagte bleibt anwendbar.

39) Vgl. bei Orderpapieren oben § 314 Ziff. 7. Sonst s. Bd. I §§ 114 ff.

40) Nach Anleitung des § 802 BGB.

41) Also nicht ohne Einwilligung des Schuldners. S. o. § 314 Note 96 u. Cit. Der dort angegebene Grund trifft auch hier zu. — Nur bei Sparkassenbüchern der öffentlichen Sparkassen bleibt nach Art. 99 EG. neben § 808 BGB. auch das Landesrecht bestehen: folglich auch die Möglichkeit der Außerkurssetzung durch den Gläubiger, soweit dieses Verfahren bisher zulässig war. S. o. § 313 Note 18.

IV. Schließlich gibt es auch Urkunden, die zur Legitimation eines bestimmten Gläubigers ausgegeben werden, *ohne daß sie Werthpapiere sind*. Regelmäßig wird der Gläubiger darin gar nicht genannt[43]), und dieser kann sein Recht erforderlichenfalls auch ohne die Urkunde geltend machen[44]). So z. B. nach Verlust oder Vernichtung der Urkunde. Der Satz, daß der Schuldner nur gegen Aushändigung der Urkunde zur Leistung verpflichtet sei, findet hier keine Anwendung, und in Verbindung damit steht, daß ein Aufgebot und eine Kraftloserklärung der verlorenen Urkunde in keinem Falle stattfindet[45]). Es bedarf ihrer nicht. Durch den Verlust entgeht dem Gläubiger nur ein Beweismittel.

Gleichwohl können auch Urkunden dieser Art mit der Bestimmung ausgegeben werden[46]), daß die darin bezeichnete Leistung *an den Inhaber der Urkunde erfolgen darf*. Der Besitzer als solcher ist nicht berechtigt, die Leistung zu fordern[47]). Hierhin gehören z. B. Garderobenmarken, Gepäckscheine der Eisenbahnen und Posten, Kontremarken ꝛc. Auch hier kann also der Schuldner vom Inhaber der Marke den Nachweis seiner Berechtigung als Gläubiger verlangen[48]); ist aber nicht dazu verpflichtet, wenn der Fordernde die Urkunde präsentirt[49]). Umgekehrt kann er dem legitimirten Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen auch ohne die Marke leisten, gleichviel ob ein Anderer gleichzeitig oder nachher die Marke vorlegt. Denn die Vorlegung allein gibt hier kein Recht[50]).

---

42) Also es wird je nachdem einfaches Werthpapier (Rektapapier) oder Orderpapier.

43) Daher fallen diese Papiere (wenigstens direkt) nicht unter § 808 BGB. Sie sind keine Namenpapiere, schon weil sie keine Werthpapiere sind.

44) Weil die Urkunde das Recht nicht verkörpert, — nicht als Träger des Rechtes erscheint.

45) § 808 Abs. 2 BGB. ist also zweifellos ausgeschlossen. Er paßt nur für Werthpapiere.

46) Auch hier braucht der Vermerk nicht in der Urkunde selbst enthalten zu sein. Der Vorbehalt kann bei der Ausgabe gemacht werden, und ergibt sich nach dem sonstigen Inhalt des Papiers nicht selten aus der Verkehrssitte von selbst.

47) Die Klausel entspricht also durchaus dem § 808 Abs. 1 BGB., und dessen Regeln sind daher auch entsprechend anwendbar, mit dem einzigen Vorbehalt, der sich daraus ergibt, daß die Urkunde kein Werthpapier ist.

48) Nach den allgemeinen Regeln des Schuldrechts. Vgl. bes. oben § 182.

49) Er wird dadurch auch gegenüber dem wahren Gläubiger (zufolge der Geschäftsklausel) befreit. Vorbehaltlich des oben Note 29 Gesagten.

50) Anders wenn Karten und Marken dieser Art zu *Inhaberpapieren* erhoben sind § 807 BGB. Darüber s. o. § 310 Note 60 ff.

Achtes Kapitel.

Gesetzliche Verpflichtungen zum Ausgleich ungerechtfertigter Vermögensbereicherung und Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen.

I. Einleitung.

§ 316.

Der Darstellung der verschiedenen Geschäftsgruppen nebst ihren Ausläufern reiht sich als letztes Kapitel des Schuldrechts eine Anzahl gesetzlicher Verbindlichkeiten an[1]), deren Zweck darin besteht, Unebenheiten der formalen Rechtsordnung[2]), oder willkürliche Eingriffe von dritter Seite in die rechtlich geordnete Gestaltung der menschlichen Lebensverhältnisse[3]) auszugleichen. Die hier in Rede stehenden Verbindlichkeiten gehen entweder auf Rückgängigmachung einer durch den formal gültigen Rechtseffekt unter den Betheiligten herbeigeführten Vermögensverschiebung[4]) oder auf Ersatz der Beschädigung von Rechtsgütern[5]).

1. Für diese Verbindlichkeiten ist nur Raum, soweit an die in Frage stehenden Ereignisse nicht unmittelbare rechtsausschließende Wirkungen geknüpft sind: z. B. das beabsichtigte Geschäft wegen Mangels des Rechtsgrunds nicht zu Stande kommt[6]), — das Delikt für den Thäter unmittelbar einen Rechtsverlust, Eigenthumsverlust ꝛc. nach sich zieht[7]). Ein Schuldverhältniß vermittelt die Ausgleichung der Anomalie des Thatbestandes lediglich da, wo dessen Folgen zunächst wider Billigkeit und Recht eintreten und daher einer Korrektur bedürfen. Diese wird durch Aufstellung einer entsprechenden Leistungspflicht bewerkstelligt[8]).

2. Bestimmte Thatsachen also sind es, an welche das Gesetz in

---

1) Es sind dies nicht die einzigen unseres Systems (s. z. B. oben §§ 254 ff., 286 ff. Bd. I §§ 135 ff.); wohl aber eine besonders hervorstechende Art derselben.

2) Auf allen Gebieten, nicht blos dem des Schuldrechts. S. z. B. §§ 951, 1301, 1399, 1455, 1539, 1973, 2021, 2287 BGB.

3) Das sog. absolute Unrecht. S. Bd. I §§ 72, 107 ff.

4) Der Rechtseffekt ist eingetreten, aber er entbehrt des rechtfertigenden Grundes. Darüber s. u. § 317.

5) Durch unerlaubte Handlungen und was dem gleichsteht.

6) Bei den sog. kausalen Geschäften (s. o. Bd. I § 75 Note 7 ff.), aber nicht selten auch bei abstrakten Schuldverpflichtungen wegen Verbots, z. B. Unsittlichkeit des Rechtsgrundes (s. § 306 Ziff. 2).

7) So unter Umständen bei Zolldefraudationen ꝛc.

8) Vgl. o. § 138 Ziff. 3 b.

diesen Fällen die Entstehung einer Verbindlichkeit anknüpft. In einem Falle ist es die Thatsache, daß Jemand auf Kosten eines Anderen ohne rechtfertigenden Grund bereichert worden ist[9]). Daraus erwächst ein Schuldverhältniß auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. §§ 812 ff. BGB. Im anderen Falle ist es die unerlaubte Handlung: der unberechtigte Eingriff in die fremde Rechtssphäre, der die Verbindlichkeit auf Reparatur (soweit sie möglich ist) erzeugt. §§ 823 ff. BGB.

3. Die Schuldverhältnisse aus deliktischem Eingriff in fremde Rechtssphäre gehen grundsätzlich auf vollen Schadensersatz[10]). — Die Verpflichtung aus ungerechtfertigter Bereicherung geht weniger weit. Sie geht nur auf Herausgabe desjenigen, was der Verpflichtete aus dem Ereigniß ohne rechtfertigenden Grund erlangt hat[11]). Die Verbindlichkeit aus ungerechtfertigter Bereicherung hat also eine reale Grundlage: sie ist bedingt durch eine vollendete Rechtsänderung[12]) und schwindet mit dieser. Herauszugeben ist, was der Verpflichtete davon hat oder noch hat[13]), nicht was der Berechtigte dadurch verlor. § 818 BGB.

II. Ungerechtfertigte Bereicherung*.

§ 317.

A. Begriff und allgemeine Voraussetzungen.

Was zunächst die Verpflichtungen aus ungerechtfertigter Bereicherung angeht, so beruht das Schuldverhältniß hier auf der Thatsache, daß

---

9) Was selbstverständlich voraussetzt, daß die Bereicherung besteht.

10) S. o. §§ 150 ff.

11) Das eben ist der Begriff der Bereicherung, die sich vom Schadensersatz fundamental unterscheidet.

12) Eigenthumserwerb von Sachen, — Erwerb dinglicher Rechte an fremder Sache, — Forderungserwerb, — Erlaß, — Erhaltung von Sachen, die man sonst verloren hätte, — Ersparung von Ausgaben, — Erlangung des Besitzes von Sachen oder eines vertraglichen Schuldanerkenntnisses. S. § 812 BGB., bes. Abs. 2.

13) Nur unter Umständen hat er für das, was er von dem Erlangten nicht mehr hat, Ersatz zu leisten. S. darüber § 818 Abs. 2 und 4, §§ 819 und 820 BGB.

*) Vgl. Erxleben, Die condictiones sine causa (2 Bde. 1850, 1853); Witte, Die Bereicherungsklagen (1859); Jacobi in Ihering's Jahrb. Bd. 4 S. 296; Bolze im Archiv f. civ. Praxis Bd. 78 S. 422, Bd. 79 S. 183; Anger im Sächs. Archiv Bd. 7 S. 657; Otto, das. Bd. 9 S. 1; Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung (1899); Stieve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs (1899); v. Mayr, Die condictio des röm. Privatrechts (1900); Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes (1901) bes. S. 87 ff. — Schollmeyer

Jemand etwas auf Kosten eines Anderen ohne rechtlichen Grund erlangt hat. § 812 Abs. 1 BGB. Diese Thatsache erzeugt zwischen dem, dessen Vermögen durch den Vorgang beeinträchtigt worden ist, und dem Bereicherten ein Schuldverhältniß auf Ausgleichung (condictio). Es entsteht ein Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung[1]).

1. Die bezeichneten Elemente des Anspruchs sind alle wesentlich. Nicht also allein die Thatsache gibt zur Herausforderung Anlaß, daß Jemand auf Kosten eines Anderen reicher geworden ist. Die Rechtsordnung geht nicht soweit, zu sagen, daß Niemand sich zum Nachtheil eines Anderen bereichern dürfe[2]). Das geschieht täglich und stündlich; es beruht darauf das materielle Streben der Menschheit. Vielmehr ist es der Mangel eines Rechtsgrundes für die Bereicherung des Einen auf Kosten des Anderen, der die Ausgleichungspflicht erzeugt[3]). Diese Voraussetzung der Kondiktionenlehre ist an die Spitze zu stellen.

---

§ 13; Dernburg §§ 374 ff.; Endemann I § 198; Cosack §§ 167 ff.; Mathiaß I § 141; Enneccerus I §§ 349 ff.

1) Die Quelle dieser Lehre ist das röm. Recht. Dasselbe entwickelte für einzelne Fälle der im Text bezeichneten Art Rückforderungsansprüche: z. B. für die irrthümliche Bezahlung einer Nichtschuld (tit. Dig. 12, 6; Cod. 4, 5), für die Hingabe von Gegenständen um zukünftiger Zwecke willen, die sich nicht verwirklichen (tit. Dig. 12, 4; Cod. 4, 6) und andere Fälle grundlosen Erwerbs (tit. Dig. 12, 7; Cod. 4, 9); endlich auch für unsittlichen Erwerb und Diebstahl (tit. Dig. 12, 5; 13, 1; Cod. 4, 7—9), von denen der letztere Fall unzweifelhaft den hier zu Grunde gelegten Gesichtspunkt überschritt (der Anspruch aus Diebstahl scheidet daher auch im Folgenden aus. Er gehört unter die Ansprüche aus unerlaubten Handlungen, s. u. §§ 324 ff.).

Zu einer einheitlichen Ausgestaltung der Kondiktionen ist somit das röm. Recht nicht gelangt. Faßte es, wie das letzte Beispiel zeigt, stellenweise den Rahmen zu weit, so blieben anderseits Lücken. Entsprechend seinem System der actiones (s. o. Bd. I § 35 Note 10), gab es auch hier nur einzelne Rechtsansprüche: condictiones. Der abweichende Name erklärt sich historisch (vgl. Voigt S. 226, 258 ff., v. Mayr, Klingmüller S. 95 ff. u. Cit.). Zweifellos ist, daß sie den Zwecken der Billigkeit (in dem gezeichneten Rahmen) dienten.

2) Der röm. Satz: aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem (l. 14 Dig. de cond. ind. 12, 6) ist eine jener falschen Verallgemeinerungen, an denen die röm. Quellen reich sind, die aber nie die praktischen Entscheidungen der Römer beeinflußt haben. Erst die Naturrechtsschule entwickelte daraus ein (längst wieder aufgegebenes) Prinzip. Vgl. auch Motive Bd. 2 S. 829.

3) Daher ist der Anspruch des Gesetzes wegen ungerechtfertigter Bereicherung auch nicht mit der a. de rem in verso des preuß. Rechts (vgl. Preuß. ALR. I Tit. 13 §§ 262 ff., Tit. 16 §§ 166 ff.) zu verwechseln, wonach derjenige, aus dessen Vermögen etwas in den Nutzen eines Anderen verwendet ist, dasselbe zurück-, oder für den Werth Vergütung fordern konnte.

Gar nichts gemein hat endlich der Anspruch mit der a. de in rem verso des röm., resp. mit der a. de rem in verso utilis des gemeinen Rechts. Letztere war eine a. adiectitiae qualitatis, d. h. ein Anspruch aus Geschäften, die eine Zwischenperson mit einem Anderen in der Art geschlossen hatte, daß

Die Frage, wann ein Erwerb ungerechtfertigt ist, beantwortet das Gesetz in § 812 nicht[4]; es ist eine Frage nach den höchsten Zielen der Rechtsordnung. Es handelt sich um die Verwirklichung des materiellen Prinzips der Gerechtigkeit gegenüber Erscheinungen (Rechtswirkungen), die das Gesetz aus anderen Gründen: der Sicherheit, Beschleunigung und Vereinfachung des Verkehrs 2c. nicht selten zuläßt. Diese Rechtswirkungen bestehen in Folge der Zulassung[5]. Aber weil sie gegen das oberste Rechtsprinzip verstoßen, soll wenigstens ihre vermögensrechtliche Wirkung unter den Betheiligten ausgeglichen, die daraus entspringende Vermögensbereicherung zurückgegeben werden. Manchen dieser Erscheinungen sind wir bereits begegnet[6]. Die Frage der vermögensrechtlichen Ausgleichung des Rechtseffekts wurde dort immer offen gelassen. Diese ist nunmehr zu erörten. Zugleich sind die in Betracht kommenden Fälle auf ein einheitliches Prinzip zurückzuführen. Letzteres ist auf Grund folgender Unterscheidung zu gewinnen.

a) Ist die in Frage stehende Rechtswirkung[7] eine auf Rechtsgeschäft beruhende, so handelt es sich regelmäßig um eine Zuwendung[8]. Die Zuwendung ist vernünftigerweise nur in Verbindung mit einem Zweck zu denken, zu dessen Verwirklichung sie bestimmt ist. Verwirklicht sich der Zweck objektiv nicht, so ist die Zuwendung

---

ein Dritter daraus bereichert wurde. Auf Grund des Kausalzusammenhangs zwischen Geschäft und Bereicherung ging dann ein Anspruch des Gegners des Zischenmanns auch gegen den Dritten (aus dem Geschäfte Bereicherten), obschon dieser nicht Kontrahent war, bis zum Belaufe der Bereicherung. Voraussetzung war dabei, daß der Zwischenmann im Interesse des Bereicherten gehandelt hatte, und daß dieser den Vortheil ohne besonderes Rechtsgeschäft resp. ohne Vergütung von der Zwischenperson erwarb (denn sonst war er nicht bereichert). Dagegen war richtiger Ansicht nach nicht erforderlich, daß das Handeln des Zwischenmanns für den Bereicherten beim Abschluß des Hauptgeschäftes hervorgetreten sei. Die a. adiectitiae qualitatis war also ein Nebenanspruch aus dem Geschäft des (Klägers mit dem Zwischenmann) gegen einen Dritten; — die condictio ist ein selbständiger außerkontraktlicher Anspruch. Ueber die Frage, ob der moderne Bereicherungsanspruch auf die oben geschilderte Situation paßt, s. u. § 321 Ziff. III.

4) Ebensowenig bis jetzt die meisten Schriftsteller. Verfehlt Collatz, Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung S. 20, 35.

5) Sonst könnte von einer obligatorischen Ausgleichung nicht die Rede sein. S. o. § 316 Ziff. 1.

6) Z. B. dem Grundsatz: solve et repete (vgl. Bd. I § 75 nach Note 9 und § 132, ferner hier oben § 308 Note 11 ff. und die dort angegebenen Fälle); — der Eigenthümlichkeit, daß in einem konkreten Rechtsgeschäft nur das Kausalgeschäft, nicht auch die auf Grund desselben vollzogene Zuwendung nichtig ist (Bd. I § 80 zu Note 11) und zahlreichen anderen Beispielen.

7) Die also das Gesetz aus den erwähnten praktischen Verkehrs- u. s. w.-gründen sanktionirt.

8) Im früher besprochenen Sinne. S. Bd. I § 74 Ziff. 5.

grundlos[9]). Bei den meisten Geschäften fällt damit auch die Zuwendung zusammen[10]). Nicht selten bleibt dagegen das Zuwendungsgeschäft bestehen, weil die Rechtsordnung — im Interesse der Schneidigkeit und Sicherheit des Verkehrs 2c.[11]) — den Parteien gestattet, die Zuwendung vom Eintritt des Zwecks unabhängig zu stellen, oder die Unabhängigkeit geradezu vorschreibt[12]). Das bedeutet nicht, daß der Empfänger oder der sonst durch die Zuwendung Bereicherte diese Bereicherung nun auch bei Vereitelung des Zwecks[13]) lukrire; sondern, während die Zuwendung besteht, hat er die damit verbundene grundlose Bereicherung zu erstatten. Damit wird der Gerechtigkeit zum Siege verholfen[14]).

b) Beruht die in Frage stehende Rechtswirkung nicht auf einem Geschäfte der Parteien, sondern auf einem anderen Umstande, an den das Gesetz sie unmittelbar oder mittelbar[15]) anknüpft[16]), so entscheidet die betreffende Rechtsvorschrift darüber, ob sie die verfügte Rechtswirkung nur als eine formale (um Ruhe und Ordnung zu schaffen) aufstellt, oder ob sie dieselbe auch dem Prinzip der höheren materiellen Gerechtigkeit entsprechend erachtet. Ersterenfalls bedarf die eingetretene Rechtswirkung der vermögensrechtlichen Ausgleichung unter den Be-

9) S. o. § 75 Note 4 ff. — Dagegen ist die Vereitelung einer bloßen Voraussetzung des einen Kontrahenten nicht Grundlage des Rückforderungsanspruchs. S. Bd. I § 78 Note 4 u. Prot. Bd. 2 S. 688 ff., 690 ff.

10) Bei den sog. materiellen oder kausalen Geschäften (s. § 75 Note 7 ff.). Hier kann von einem Bereicherungsanspruch nicht die Rede sein. Vgl. o. Note 5.

11) Namentlich auch im Interesse Dritter, die sich auf die Beständigkeit der Rechtswirkung verlassen haben und billigerweise müssen verlassen können.

12) Hier spricht man von abstrakten Geschäften (s. o. § 75 zu Note 10 ff.). — Die Unabhängigkeit tritt aber auch bei kausalen Geschäften nicht selten dann ein, wenn die Zuwendung mehrere Zwecke hat (oben § 75 Note 3) und ein entfernterer Zweck vereitelt wird. Z. B. man verspricht dem creditor creditoris, um die eigene und zugleich die Schuld des Gläubigers zu tilgen, und war dem, dessen Schuld man tilgen wollte, nicht verpflichtet. Hier erhebt sich zwischen dem Versprechenden und seinem vermeintlichen Gläubiger die Frage nach der ungerechtfertigten Bereicherung. S. o. § 187 Note 35.

13) Zwecklos und grundlos ist hier synonym zu nehmen. Ebenso dachte man bei der Berathung des Gesetzes bei dem Mangel des Rechtsgrundes wesentlich an den Mangel des Zwecks der Zuwendung resp. des damit bezweckten rechtlichen Erfolges. S. Prot. Bd. 2 S. 691.

14) Mit der außerordentlichen Vermehrung der abstrakten Rechtsgeschäfte in unserem Gesetz ist die Bedeutung der Bereicherungsansprüche entsprechend gewachsen. Vgl. auch Mot. Bd. 2 S. 830.

15) Z. B. auch durch Ausspruch einer Behörde auf Grund eines gesetzlich normirten Thatbestandes.

16) Der betreffende Umstand kann die Handlung eines Menschen (z. B. Spezifikation) oder auch ein sonstiges Ereigniß (z. B. zufällige Vermischung von Sachen) sein.

theiligten, sonst nicht. So ist ein Bereicherungsanspruch dessen, der durch Gesetzesvorschrift einen Rechtsverlust erleidet, ausgeschlossen bei der Ersitzung und Anspruchsverjährung ꝛc.[17]), dagegen zulässig in den Fällen des Eigenthumsverlustes durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§ 951 BGB.); ebenso in den meisten Fällen des Funderwerbs (§ 977) und in den Fällen da ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand verfügt oder eine Leistung empfängt, wodurch dem wahren Berechtigten nach den Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Verkehrs[18]) ein Rechtsverlust entsteht (§ 816 BGB.). In diesen Fällen spricht das Gesetz ausdrücklich die vermögensrechtliche Ausgleichung aus. Wir werden daraus zwar kein absolutes arg. a contrario herleiten dürfen[19]); immerhin aber wird aus dem Zweck und Inhalt der betreffenden Rechtsvorschrift, die eine derartige Rechtsänderung sanktionirt, zu ermitteln sein, ob sie auch die damit verbundene Vermögensveränderung sanktioniren wollte. Anderenfalls ist der Erwerb in unserem Sinne ein ungerechtfertigter[20]).

2. Herauszugeben auf dieser Grundlage ist die Bereicherung. Das Gesetz nimmt sie als vorhanden an, wenn Jemand durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise etwas erlangt hat[21]). Die Fassung ist soweit wie möglich.

a) Jeder Vermögensvortheil ist zum Begriffe des Erlangten ausreichend, z. B. der Erwerb von Eigenthum oder anderen dinglichen Rechten, und selbst des Besitzes einer Sache[22]); ebenso die Befreiung

17) Denn diese sollen nach Ablauf eines gewissen Zeitraums in jeder Beziehung Ruhe schaffen. Der Streit soll nicht in Ansehung des Vermögenswerths der betreffenden Objekte wiederaufgeworfen werden dürfen. Aehnlich im Falle § 927 BGB. und bei Ablauf gewisser Fristen (in Ansehung der dadurch eingetretenen Präkluſion).

18) S. über die betreffenden Fälle unten § 321 Ziff. I u. II.

19) Z. B. im Falle des § 964 BGB. nehme ich ebenfalls den Anspruch auf vermögensrechtliche Ausgleichung des Rechtserwerbs an. — Der Ausspruch der Motive Bd. 2 S. 852: der kraft Gesetzes eintretende Rechtsverlust sei im Zweifel nicht als ein des rechtfertigenden Grundes entbehrender anzusehen, ist nicht mehr maßgebend. Der § 748 Abs. 2 des I. Entwurfs wurde absichtlich gestrichen.

20) Z. B. der gutgläubige Besitzer im Falle des § 955 BGB. erwirbt die Früchte zu Eigenthum und braucht die dadurch erhaltene Bereicherung nicht zu erstatten. Die Richtigkeit dieses im ehemaligen gemeinen Recht streitigen Satzes ergibt sich aus der Regelung des Vindikationsanspruchs gegenüber dem gutgläubigen Besitzer. Also aus §§ 987 ff. (bes. einem nothwendigen arg. a contrario aus §§ 988, 993 BGB.). Darüber hinaus noch eine Ausgleichung eintreten zu lassen, kann nicht gewollt sein.

21) Scil. ohne den Ziff. 1 besprochenen rechtlichen Grund.

22) Vgl. Bekker, Recht des Besitzes S. 286 ff.; Stieve S. 67 ff. (besonders auch über den Werth des Besitzes als Gegenstand der condictio) u. die Kommentare zu § 812. Schon die Römer kannten die condictio possessionis;

von Pflichten aller Art aus dinglichen oder Forderungsrechten (Erlaß), der Erwerb von Forderungsrechten[23]) und die vertragsmäßige Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses[24]). Endlich die Erlangung anderer thatsächlicher Vermögensvortheile z. B. die Ersparung von Ausgaben, die dem Empfänger andernfalls obgelegen hätten: so bei Genuß der Substanz[25]) oder der Nutzungen von Sachen[26]), falls man nicht bei Kenntniß der Restitutionspflicht von dem Genuß abgestanden wäre und nach den Umständen hätte abstehen können[27]). Ebenso verhält es sich mit dem Empfang von Dienstleistungen dritter Personen soweit sie einen Vermögenswerth haben, oder wenn ohne Wissen des Fabrikbesitzers ein Patent vor dessen richtiger Anmeldung und Erwerbung thatsächlich angewendet wird[28]). Aufwendungen, die der Empfänger des Vermögensvortheils für seinen Erwerb hat machen müssen[29]), mindern die Bereicherung[30]).

b) Der Vermögensvortheil muß durch die Leistung eines Anderen oder auf sonstige Weise erlangt sein. Die Leistung ist Rechtsgeschäft des Urhebers des Vermögensvortheils oder seines Vertreters gegenüber dem Empfänger oder anderen Personen[31]), auch einer Behörde[32]). Von den sonstigen Erwerbsarten war schon die Rede[33]).

---

ihre ausdrückliche Erwähnung im Gesetz wurde für überflüssig gehalten. — Gegen die Besitzeskondiktion können alle gewöhnlichen (also auch petitorische) Einwendungen erhoben werden. S. auch Motive Bd. 2 S. 831.

23) Vor Allem durch ein selbständiges Schuldversprechen. S. o. § 304.

24) Den Fall des positiven und negativen Schuldanerkennungsvertrages (oben §§ 195, 305 ff.) erwähnt § 812 Abs. 2 BGB. ausdrücklich, weil die Anerkennung nicht immer eine Zuwendung enthält, sondern nur dann, wenn das Anerkenntniß der Wahrheit nicht entspricht. Aber die Nothwendigkeit einer Untersuchung darüber würde den Zweck der Vorschrift (wie sonst die Brauchbarkeit des Anerkenntnisses) vereiteln. — S. über die letzten 3 Fälle Collatz in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 40 S. 139 ff.

25) Verzehren von Sachen, Ausgabe fremder Sachen (z. B. Geld), wenn man sonst eigene dazu hätte verwenden müssen ꝛc.

26) Z. B. Wohnen in fremdem Hause, Nutzung fremder Thiere.

27) Z. B. Nahrung und Wohnung muß der Mensch regelmäßig haben; aber eine besonders luxusiöse wird er sich meistens nur gestatten, wenn er dazu in der Lage zu sein glaubt.

28) Vgl. den in den Entsch. d. RG. Bd. 37 S. 41 ff. erwähnten Rechtsfall. Für die Entscheidung nach heutigem Recht s. § 687 Abs. 1 BGB. Mangels weiterer Verantwortlichkeit des Fabrikherrn ist jedenfalls die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben. S. o. 256 Ziff. 1.

29) Zug um Zug bei dem Erwerbsakt oder im weiteren Verlauf (wie die Erzeugungskosten der mit dem patentirten Verfahren hergestellten Gegenstände im vorigen Beispiel). S. auch RG. Bd. 32 S. 321.

30) Eine Bereicherung durch Erwerb von Sachen liegt überhaupt nicht vor, soweit die Sachen noch dem Empfänger abvindizirt werden können. S. o. Note 5 u. Cit. Vindikation und Kondiktion schließen sich aus. Nur wegen der bloßen Besitzesvortheile (s. o. Note 22) kann auch der Eigenthümer kondiziren.

31) Z. B. bei Zahlung der Schuld des Bereicherten an einen Dritten.

3. Der Vortheil des Empfängers muß auf Kosten eines Anderen erlangt sein. Dieser ist es, für den das Recht auf Ausgleichung erwächst. Auch hier ist die Fassung des Gesetzes die denkbar weiteste.

a) Auf Kosten *wessen* ein Vortheil erlangt ist, wird nicht durch die Person des Urhebers bestimmt[34]), sondern durch die *Vermögensbeeinträchtigung*, die dadurch ein Anderer erfährt. Diese ist nicht nothwendig eine *Vermögensverminderung*. Es kann herausgefordert werden, was der Fordernde noch nicht dem eigenen Vermögen einverleibt hatte, z. B. Objekte aus einer ausgeschlagenen Erbschaft[35]). Handelt es sich um eine Vermögensverminderung, so braucht sie nicht mit dem *übereinzustimmen*, was der Bereicherte aus dem Vorfall empfangen hat[36]). Gleichgültig ist auch, ob das Erlangte *direkt* aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen übergegangen, oder ob indirekt der Vortheil des Einen auf Kosten des Vermögens des Anderen erzielt ist[37]).

b) Anderseits ist der Erwerber eines Gegenstandes nicht auf Kosten dessen bereichert, der diesen Gegenstand seinerzeit zwar ohne Erlangung des beabsichtigten Gegenvortheils[38]) *verlor, aber nicht an den gegenwärtigen Besitzer, sondern an einen Dritten*, von dem der jetzige Besitzer ihn durch *neues Geschäft erwarb*[39]). Hier

---

32) Z. B. gegenüber dem Grundbuchamt im Falle § 875 BGB.

33) S. o. Note 16 ff.

34) Der Urheber kann ein Dritter sein; oder die Vermögensverschiebung ist eine zufällige (z. B. bei Landanschwemmungen).

35) Diese hat arg. § 1953 BGB. niemals zum Vermögen des Ausschlagenden gehört. Ist die Ausschlagung durch Betrug erschlichen und der bezügliche Deliktsanspruch verjährt, so bleibt der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Betrüger. § 852 Abs. 2 BGB.

36) Z. B. bei bloßem Gebrauch fremden Vermögens, wodurch dem Bereicherten eine Ausgabe erspart wird. Bei Verkauf und Uebereignung von Sachen durch einen Nichtberechtigten im Sinne des § 816 BGB. verliert der Berechtigte die Sache resp. deren Werth, der Veräußerer lukrirt den möglicherweise davon sehr verschiedenen Kaufpreis u. s. w.

37) Z. B. wenn der Schuldner in den Fällen §§ 407, 408 BGB. an den falschen Gläubiger leistet und dadurch dem richtigen Gläubiger sein Forderungsrecht zerstört, ist der falsche Gläubiger auf Kosten des richtigen bereichert und zwischen ihnen entsteht die Ausgleichungspflicht. Aehnlich bei Leistung an den durch Erbschein legitimirten Scheinerben (die Bereicherung besteht auf Kosten des wahren Erben). Bei der Anweisung (s. o. §§ 307 ff.) wird die Leistung vom Angewiesenen bewirkt, die Bereicherung besteht zwischen denjenigen Personen, unter denen das angenommene Grundverhältniß (z. B. bei Anweisung auf Schuld die angenommene Schuld) fehlte.

38) Oder kraft Gesetzes ohne einen solchen in den Fällen oben Ziff. 1 b.

39) Dieser Fall ist von dem vorigen wohl zu unterscheiden. Ein Anderes ist der *indirekte* Erwerb aus fremdem Vermögen, ein Anderes der *mittelbare*

ist der letzte Erwerb überhaupt nicht ungerechtfertigt[40]); er gründet sich auf das neue Geschäft. Nur zwischen dem Beschädigten und dem ursprünglichen Erwerber des Gegenstands kann, in Ermangelung sonstiger Ansprüche[41]), die Bereicherungsklage aufgeworfen werden. Hiervon gibt es nur eine Ausnahme[42]): wenn der ursprüngliche Erwerber das Erlangte einem Dritten unentgeltlich zugewendet hatte und in Folge dessen von der Pflicht zur Herausgabe der Bereicherung selbst befreit ist[43]). § 822 BGB. In diesem Fall wird die den Erwerb des Dritten rechtfertigende Liberalität nicht beachtet[44]): der Vortheil des unentgeltlichen Erwerbs muß vor der Ausgleichung zurückstehen. Demgemäß geht hier der Bereicherungsanspruch, soweit die Verpflichtung des ursprünglichen Empfängers hinweggefallen ist[45]), gegen den Dritten, wie wenn dieser das Zugewendete ohne rechtlichen Grund vom Gläubiger[46]) erhalten hätte[47]). Auf andere unentgeltliche Erwerbsarten ist dies nicht auszudehnen[48]). Ebensowenig

---

(durch mehrere successive Erwerbstitel vermittelte). Diese Terminologie entspricht dem Gesetze. S. u. § 321 Note 15.

40) Z. B. Jemand verkauft Baumaterialien an den Baumeister, welcher ein fremdes Haus baut. Das Material wird beim Bau verwendet, darauf geräth der Baumeister in Vermögensverfall und kann dem Lieferanten nicht zahlen. Der Grundherr ist regelmäßig nicht auf Kosten des Lieferanten bereichert, denn er hat die Materialien auf Grund seines Baukontrakts mit dem Baumeister erworben.

41) Z. B. aus Delikt (s. u. §§ 324 ff.). Auch soweit ein kontraktlicher Anspruch besteht (wie z. B. zwischen Lieferanten und Baumeister im vorigen Beispiel), kommt ein Bereicherungsanspruch nicht in Frage. Es kann aber sein, daß der Hauptvertrag unwirksam ist (z. B. es ist einem Geschäftsunfähigen geliefert, oder das Geschäft stand unter einer Bedingung, welche nicht eingetreten ist).

42) S. auch § 816 Abs. 1 Satz 2, der auf ähnlicher Erwägung beruht. Hierüber s. u. § 321 Ziff. I am Ende.

43) Da er nur auf Herausgabe des Erlangten haftet. S. u. § 323 Ziff. II.

44) S. Bd. I § 74 i. f. Aehnlich wie die sog. Schenkungspauliana (oben § 184 Ziff. 1c, § 185 Ziff. 3) gegenüber der gewöhnlichen Gläubigeranfechtung erweitert ist, so ist es der Bereicherungsanspruch gegenüber Schenkungen ꝛc., die der Kondiktionsschuldner zum Nachtheil seines Gläubigers vorgenommen hat. Doch genügt hier die Thatsache der unentgeltlichen Zuwendung; eine Benachtheiligungsabsicht wird nicht verlangt. S. u. Note 49 ff.

45) Weil er in Folge der Unentgeltlichkeit der Weitergabe kein Surrogat dafür erhalten hat. S. u. § 323. — Anderseits braucht nicht der ursprüngliche Kondiktionsgegenstand weggegeben zu sein. Es genügt die unentgeltliche Weggabe von etwas, das selbst schon Surrogat ist. S. auch Stieve S. 46.

46) Also auf dessen Kosten.

47) Der Anspruch richtet sich nach den Grundsätzen unten § 323. — War die Zuwendung ein aus Schenkung und entgeltlichen Elementen gemischtes Geschäft, so haftet der Empfänger auf Erstattung desjenigen Theils der Zuwendung, der als Schenkung anzusehen ist. Oertmann § 822 Note 2 i. f.

48) Insbesondere nicht auf Diebstahl der Sache durch den Dritten oder Ersitzung. Im letzteren Fall haftet der Dritte nicht auf Ausgleichung (s. o.

ist die Vorschrift anwendbar, wenn der ursprüngliche Empfänger des Vermögensvortheils den letzteren, um ihn dem Gläubiger zu entziehen[49]) oder nach Kenntniß des mangelnden Rechtsgrunds seines Erwerbs[50]) an den Dritten verschenkt hatte. Denn dann wird er selbst durch die Schenkung nicht mehr befreit[51]). Arg. § 819 BGB[52]).

B. Die einzelnen Kondiktionsfälle.

1. Objektiv ungerechtfertigter Erwerb.

§ 318.

a) Leistung einer Nichtschuld (condictio indebiti).

I. Ein Hauptfall ungerechtfertigter Bereicherung auf Kosten eines Anderen ist es, wenn eine Nichtschuld irrthümlich erfüllt wird. Ist zu diesem Zwecke[1]) eine Zuwendung gemacht, z. B. Eigenthum übertragen[2]), so ist die Zuwendung gültig, weil die Absicht der Parteien beiderseits darauf gerichtet war. Aber der Zweck der Zuwendung ist vereitelt, weil die zu tilgende Verbindlichkeit nicht bestand[3]). Freilich setzt die Vereitelung des Zwecks der Leistung in diesem Fall voraus, daß der Leistende nicht gewußt hat, daß keine Verbindlich-

Note 17); im Falle des Diebstahls haftet er dem Bestohlenen aus Delikt, und diesen Anspruch hat der Bestohlene nach §§ 281, 818 BGB. dem Kondiktionsgläubiger abzutreten. Oertmann a. a. O. Note 2; Dernburg § 381 Note 7.

49) Eine fraudatorische Absicht ist nicht erforderlich.

50) Von der Kenntniß, daß der Erwerb ein ungerechtfertigter war, muß der Empfänger den Gegenstand hüten, haftet also persönlich, wenn er ihn unentgeltlich weggibt. S. u. § 323.

51) Verschenkt der Dieb die gestohlenen Sachen an einen Dritten, so sind sie vom Dritten regelmäßig zu vindiziren (§ 935 BGB.), nicht zu kondiziren. Hat der Dieb mit dem gestohlenen Gelde eine Sache gekauft und diese verschenkt, so kommt es darauf an ob der Dritte doli conscius ist. Letzternfalls haftet er deliktisch auf vollen Schadensersatz. Bei bona fides versagt die Vindikation der Sache wie des Geldes (§ 935 Abs. 2). Wegen der Kondiktion s. u. § 321 Ziff. I am Ende.

52) S. u. § 323 Ziff. II. Kein Fall der §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB. darf vorliegeu. — Der Gläubiger, der den dritten Empfänger belangt, hat dies sowie die Unentgeltlichkeit der Zuwendung zu beweisen.

1) Also solvendi causa (s. Bd. I § 74 bei Note 26). Die causa liegt ihrem Wesen nach in der Vergangenheit.

2) S. o. § 317 Ziff. 2.

3) S. z. B. schon oben § 80 Note 11 ff. für den Fall, daß die zu tilgende Schuld nichtig resp. auf Grund vollzogener Anfechtung vernichtet war. So bei dissensus in causis, beim Vertrag mit geschäftsunfähigen Personen oder mit dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung (hier hat die Konkursmasse nach § 7 KO. die erlangte Bereicherung zu erstatten) u. s. w. Aehnlich wenn die Existenz der Schuld aus sonstigen Gründen irrthümlich angenommen, oder wenn an Jemand geleistet wurde, der nicht der Gläubiger war (s. o. § 182 Ziff. 3). Oder wenn die fragliche Schuld schon getilgt war.

keit bestand[4]). Daher gehört zu den Voraussetzungen der Rückforderung einer Nichtschuld nothwendig der Irrthum über die Verpflichtung[5]). §§ 812, 814 BGB.

Die Voraussetzungen der Rückforderung sind hiernach:

1. Eine Leistung zum Zwecke der Schuldtilgung oder zur Befriedigung eines sonstigen (z. B. dinglichen) Anspruchs[6]). Die Art der Leistung ist gleichgültig. Eigenthumsübertragung, Dienstleistungen, die Uebernahme oder Anerkennung von Verpflichtungen[7]), Erlaß und sonstige Verzichte kommen hauptsächlich in Betracht. Gleichgültig ist auch, ob das Geleistete gerade der angenommenen Verpflichtung entsprach oder ob z. B. an Erfüllungsstatt oder aus Versehen etwas anderes geleistet wurde[8]).

2. Der Anspruch, welcher getilgt werden sollte, darf zur Zeit der Leistung nicht bestanden haben. Dabei ist gleichgültig, ob der Anspruch niemals bestand oder zur Zeit der Leistung wieder erloschen war[9], oder ob ihm eine ausschließende Einrede[10]) entgegenstand. § 813. Selbstverständlich ist, daß, wenn die Einrede ꝛc. nicht den ganzen Anspruch sondern nur einen Theil desselben entkräftet, die Rückforderung nur hinsichtlich des zuviel Geleisteten stattfindet[11]).

a) Anderseits ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn ein verjährter Anspruch befriedigt wurde[12]). § 813 Abs. 1 i. f. Die Einrede der Verjährung gibt also trotz ihrer ausschließenden Kraft kein Rückforderungsrecht. Der verjährte Anspruch bleibt als unvollkommene Verbindlichkeit bestehen[13]) und ist gültiger Erfüllung fähig. Bei anderen unvollkommenen Verbindlichkeiten lautet die Antwort

---

4) S. Bd. I § 75 Note 5. In diesem Sinne sagt man: qui sciens indebitum solvit, donasse videtur. Vgl. l. 53 Dig. de R. J. 50, 17.

5) Auf das Wissen oder Nichtwissen des Gläubigers kommt es zur Begründung des Anspruchs nicht an (wohl für den Umfang der Rückforderung wenn sie zulässig ist: s. §§ 818 Abs. 4, 819 BGB.). Z. B. man bekommt Geld durch Anweisung übermittelt, und erst nachträglich stellt sich heraus, für welchen Schuldposten es bestimmt war, und daß dieser in Wahrheit nicht existirte.

6) Selbstverständlich nur soweit der Anspruch einen Vermögenswerth hat. Denn die Bereicherung betrifft immer das Vermögen.

7) S. § 812 Abs. 2 BGB. u. oben § 317 Note 22 ff.

8) S. schon l. 26 §§ 4 ff. Dig. de cond. ind. 12, 6.

9) Vgl. o. Note 3. Hierher gehören sämmtliche Fälle der sog. rechtsverneinenden Einwendungen.

10) S. Bd. I § 36 Noten 8 u. 10 ff.

11) So z. B. bei der Einrede der beschränkten Haftung des Erben, wenn irrthümlich die ganze Schuld getilgt wurde.

12) Wenn auch aus Irrthum über die Verjährung. S. § 222 Abs. 2 BGB. u. oben Bd. I § 117 Note 8 ff.

13) S. o. § 140 zu Note 10.

verschieden[14]). Ist die Verbindlichkeit *rechtlich mißbilligt*, so kann nur eine *reale* Leistung (Uebereignung 2c.) nicht zurückverlangt werden; dagegen ist ein Erfüllungsversprechen, Anerkenntniß (§ 812 Abs. 2) geradeso unwirksam wie die ursprüngliche Verpflichtung[15]). In *anderen* Fällen ist jede Art der Erfüllung gleich wirksam[16]). S. auch § 814 i. f.[17]). Gleichgültig ist in allen diesen Fällen, ob eine Rechtspflicht zur Leistung irrthümlich angenommen wurde[18]).

b) Steht dem Anspruch eine *blos aufschiebende Einrede* entgegen[19]), so findet keine Rückforderung statt. Dies ist vor Allem für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und eines etwaigen Zurückbehaltungsrechts wichtig[20]). Ueberhaupt kann man sagen, daß die Rückforderung ausgeschlossen ist, soweit zur Zeit der Leistung bereits deren *zukünftige Einforderbarkeit feststeht*, also bei betagten[21]) nicht aber bei bedingten Verbindlichkeiten[22]).

c) Bestand die Schuld für einen *anderen Gläubiger*, so kommt es darauf an, ob das Geleistete dem letzteren gegenüber als Erfüllung wirkt[23]); andernfalls findet die Rückforderung gegen den Empfänger statt. *Hielt sich der Leistende für den Schuldner* und tilgte in

---

14) Es ist keineswegs das für die Verjährung gegebene Resultat einfach zu verallgemeinern (wie von einigen Schriftstellern geschieht).

15) So unzweifelhaft nach §§ 656, 762 ff. BGB. u. oben § 140 Note 5 ff.

16) S. die Fälle oben § 140 Noten 8 ff., 15 ff.

17) Für *sittliche und Anstandspflichten* ist übrigens zuzusehen, ob es sich dabei überhaupt noch um eine unvollkommene Verbindlichkeit im Rechtssinn handelt. Soweit dies nicht der Fall ist (§ 140 Ziff. III) kann das Geleistete zwar auch nicht zurückgefordert werden, aber nicht als gültige Erfüllungsleistung, sondern unter Umständen als gültiges *Geschenk*, was sich materiell fühlbar macht. — Gar keine Anstandspflicht besteht generell, eine vom Gläubiger erlassene Schuld zu tilgen. Entsch. d. RG. Bd. 35 S. 216. Anders beim Zwangsvergleich (s. o. § 140 Note 8).

18) Vgl. o. § 289 Note 25. Das dort Gesagte ist zu verallgemeinern.

19) S. o. Bd. I § 36 Note 9 ff.

20) S. o. § 169 u. Bd. I § 124. Wer diese Einreden versäumt und *leistet*, hat dieserhalb kein Rückforderungsrecht. — Anders auf Grund definitiven *Rücktritts* vom Vertrage z. B. nach §§ 323, 325—327, 361 BGB. Dann handelt es sich aber regelmäßig überhaupt nicht um eine condictio (s. o. §§ 170 ff.). Eine solche kommt nur in Frage in den Fällen §§ 323 Abs. 3 u. 327 Satz 2 BGB., und diese ist nicht die condictio *indebiti*, sondern eine condictio ex causa finita (s. u. § 320).

21) Die Erstattung der Zwischenzinsen (s. o. § 156 Ziff. IV) kann nicht verlangt werden, sowenig wie deren Abzug bei vorzeitiger Leistung gestattet ist.

22) Oder sonst ungewissen. — Ist die Erfüllung der Bedingung sicher, so kann (arg. § 813) nicht zurückgefordert werden. Vgl. schon l. 16, 18, 48, 56 Dig. de cond. ind. 12, 6.

23) Z. B. auf Grund der bona fides des Leistenden (in den Fällen der §§ 407, 408, Leistung an den durch Erbschein legitimirten Scheinerben 2c.), oder weil der wahre Gläubiger die Leistung als Erfüllung genehmigt oder sie ihm ausgeliefert wird oder sonst zu Gute kommt (s. o. § 182 Ziff. 3).

Folge deſſen die Schuld eines Dritten[24]), ſo kann er gleichfalls zurückfordern[25]). Dagegen kann Jemand gültig fremde Schulden zahlen[26]) und dann auch das Geleiſtete nicht zurückfordern. Aus welchem Grunde er die Schuld berichtigt, geht den Gläubiger nichts an: dieſe Frage betrifft nur das Verhältniß des Leiſtenden zum Dritten[27]).

d) War etwas anderes geſchuldet als geleiſtet worden iſt, ſo kann das Geleiſtete zurückgefordert werden ſoweit der Schuldner zur richtigen Leiſtung verpflichtet bleibt. Leiſtung und Rückgabe können nur Zug um Zug verlangt werden[28]).

3. Der Leiſtende muß ſeine Verpflichtung irrthümlich angenommen haben[29]). Der Irrthum erklärt, warum es zur Zahlung der Nichtſchuld kam; ohne ihn wäre die Zuwendung, als auf dem Willen des Leiſtenden beruhend[30]), eine gerechtfertigte. Daher iſt es auch gleichgültig, ob der Irrthum entſchuldbar oder unentſchuldbar, — ob er ein thatſächlicher oder ein Rechtsirrthum war[31]). Als Irrthum iſt auch ein ernſtlicher Zweifel über das Beſtehen der Verpflichtung anzuſehen[32]): nur poſitives Wiſſen, daß man nicht verpflichtet iſt, ſchließt die Rückforderung aus[33]). § 814 BGB.

---

24) Als wäre es ſeine eigene Schuld.

25) Denn die Schuld, die er tilgen wollte, exiſtirt nicht. — Wie aber wenn der Gläubiger ſeinen Schuldſchein herausgegeben oder vernichtet hatte? Der Kondizent muß (arg. Note 28 u. Text) den Schuldſchein Zug um Zug zurückgeben oder den Gläubiger für die Gefahr der ſpäteren Beitreibung der Forderung ſicherſtellen.

26) S. § 267 BGB. u. oben § 154 Ziff. 2. Unzuläſſig wird dies meiſt ſo ausgedrückt: der Leiſtende tilge die Schuld des Dritten in deſſen Namen. Er handelt aber immer in eigenem Namen (nicht als Vertreter des Dritten).

27) Der Rückgriff geht je nachdem auf völlige Schadloshaltung (z. B. bei Auftrag) oder nur auf Erſtattung der Bereicherung (condictio sine causa).

28) Dies ergibt ſich aus allgemeinen Grundſätzen bezw. nach Treu und Glauben im Verkehr. — Das Geſagte gilt auch, wenn bei einer Wahlſchuld entweder die mehreren Gegenſtände zugleich, oder der falſche geleiſtet wurde. S. darüber oben § 153 Noten 47—49.

29) Dies iſt ein logiſcher Faktor des Ausgleichungsrechts. S. o. Note 4 ff. Motive Bd. 2 S. 833.

30) Sie könnte nur unter Umſtänden aus anderen Gründen, z. B. wegen Formmangels, ungültig ſein. Das gehört nicht hierher.

31) Wie im Falle des Geſchäftsirrthums (Bd. I § 94 zu Note 5) wirkt auch hier der Irrthum nur mittelbar. Er beraubt die Zuwendung ihres Rechtsgrundes, und dies muß jeder Irrthum gleichmäßig thun, wenn er nur vorhanden iſt. Das röm. Recht war hier nicht konſequent; die Partikularrechte ſchwankten.

32) Vgl. ſchon oben Note 22 über ungewiſſe Verpflichtungen. Oder der Leiſtende glaubt, eine zerſtörliche Einwendung gegen die Forderung nicht beweiſen zu können. Vgl. Entſch. d. RG. Bd. 21 S. 198. Es ginge zu weit, hier immer einen Vorbehalt zu fordern (ſ. u. Ziff. III).

33) Wegen des Beweiſes ſ. u. Ziff. II.

II. Im Streitfall hat der Zurückfordernde seine Leistung zum Zwecke der Schuldtilgung[34]) und das Nichtbestehen der Verbindlichkeit[35]) zu beweisen. Daraufhin ergibt sich sein Irrthum regelmäßig von selbst[36]). Sache des Gegners ist es, den Nachweis zu führen, daß der Leistende wissentlich auf eine Nichtschuld zahlte, m. a. W. eine unentgeltliche Zuwendung gemacht habe[37]). § 814[38]).

III. Ohne Rücksicht auf einen Irrthum des Leistenden — also bei Kenntniß der Nichtverpflichtung — ist die Rückforderung statthaft, wenn die Leistung unter Vorbehalt erfolgte[39]), oder wenn sie zwangsweise zur Vermeidung obrigkeitlicher Gewaltmaßregeln geschah[40]). Doch ist die Rückforderung hier nicht schrankenlos zulässig, vielmehr ist nach angemessener Frist ein Verzicht anzunehmen[41]).

§ 319.

b) Nichteintritt des mit der Leistung bezweckten künftigen Erfolgs (condictio ob causam).

I. Eine Leistung ist grundlos, wenn sie zur Erreichung eines bestimmten künftigen Erfolges geschah, der hinterher aus-

---

34) Es genügt nicht, blos die Leistung zu beweisen. Wenn der Gegner z. B. behauptet, das Geleistete sei ein Darlehen gewesen oder die Erfüllung einer anderen Schuld, so leugnet er den Klagegrund. — Natürlich kommt es nur auf den Beweis der Erklärung an, daß die Leistung Schuldtilgung sein sollte.

35) S. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 94 ff.

36) Um so mehr, wenn der Gegner behauptet hatte, die Forderung zu haben, z. B. auch als Cessionar erworben zu haben oder zu ihrer Erhebung befugt zu sein. Es schadet nichts daß der Leistende den betreffenden Nachweis des Gegners leichtgläubig nicht abwartete. Vgl. den Fall Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 150.

37) Dies ergibt sich unzweifelhaft aus der Fassung des § 814 und erscheint logisch berechtigt. S. auch bereits Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 198 ff.

38) Dieselbe Vertheilung der Beweislast waltet ob, wenn die Leistung in einem abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß bestand (§ 812 Abs. 2), mag der Schuldner es zurückfordern oder darauf Leistung verweigern (s. u. § 323 Ziff. III). Ist das Versprechen nicht abstrakt, so muß der Gläubiger den Schuldgrund beweisen, also hier, daß die Verbindlichkeit bestand, zu deren Erfüllung das Versprechen gegeben wurde.

39) Dies versteht sich von selbst, wenn der Empfänger die Vorbehaltsleistung annahm. Denn dann hat er sich der Klausel unterworfen. S. schon l. 2 pr. Dig. de cond. ind. 12, 6. Dernburg § 376. — Die Klausel kann auch als Bedingung gemeint sein. Dann wirkt sie schärfer. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 184, Bd. 17 S. 56, Bd. 30 S. 174.

40) Hier einen besonderen Vorbehalt zu fordern, ginge zu weit. § 814 betrifft nur freiwillige Zahlungen. Ebenso Dernburg a. a. O.

41) Vgl. Preuß. StempelsteuerG. v. 31. Juli 1895 § 26. Für andere Steuern und exekutive Zwangsbeitreibungen muß ähnliches gelten, wenn auch eine besondere Verjährung nicht eingeführt ist.

bleibt[1]). Ist zu diesem Zwecke eine Zuwendung gemacht, z. B. Eigenthum übertragen ꝛc.[2]), so ist die Zuwendung gültig, weil die Absicht der Parteien beiderseits darauf gerichtet war. Aber der Zweck der Zuwendung ist verfehlt, weil der Erfolg nicht eintrifft. Weil der Zweck in der Zukunft liegt, kann von einem Irrthum des Leistenden nicht die Rede sein, sondern höchstens von einer getäuschten Erwartung[3]). Hat der Leistende bei der Zuwendung gewußt, daß der Erfolg nicht, wie in diesem Augenblick erklärt, eintreten könne[4]), so ist die Rückforderung ausgeschlossen[5]). § 815.

Es handelt sich also hier um Geschäfte, deren Vollendung von der Zukunft erwartet wird. Die erfolgte Leistung bildet nur einen Bestandtheil des Geschäfts[6]). Freilich ist dieser Bestandtheil für sich gültig gestellt[7]); daher unterliegt die Leistung bei Hinfall des Zwecks nur der Zurückforderung. Die Fälle sind heute weniger zahlreich als im römischen Recht[8]). Bei gegenseitigen Verträgen vollzieht jeder Theil die von ihm übernommene Leistung nicht um der (zu erlangenden) Gegenleistung willen, sondern zur Erfüllung der eigenen Verpflichtung[9]); er kann also, wenn die Gegenleistung ausbleibt, nicht wegen Hinfalls des Zwecks zurückfordern[10]). Hat eine Schenkung unter Auflage stattgefunden, so gilt dasselbe. Es kann nur der Schenker bei Nichterfüllung der Auflage unter Umständen von der Schenkung zurücktreten[11]).

1) Der Rechtsgrund der Leistung wird dadurch vereitelt (Bd. I § 75 Note 5), genau so wie bei der Erfüllungsleistung, wenn die zu tilgende Schuld nicht bestand (dort liegt der Rechtsgrund der Leistung in der Vergangenheit, hier liegt er in der Zukunft). Die Leistung ist einstweilen im weiteren Sinne kreditirt (vgl. Bd. I § 74 Note 26).

2) S. o. § 317 Ziff. 2.

3) Diese ist kein Irrthum im Rechtssinne.

4) M. a. W. daß der Eintritt des Erfolgs von Anfang an unmöglich war. S. über den Begriff der ursprünglichen Unmöglichkeit auch oben § 145 nach Note 3.

5) Es muß angenommen werden, daß die Abhängigmachung der Leistung vom Eintritt jenes Erfolges nicht ernstlich gemeint war. Also wiederum (wie oben § 318 Note 4): cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio, wenn auch im übertragenen Sinne.

6) Den Zuwendungsakt. S. Bd. I § 74 zu Note 24.

7) Regelmäßig eine abstrakt gültige Zuwendung. Sonst fiele der Akt mit Hinfall des Zwecks zusammen.

8) Wo das ganze Gebiet der sog. Innominatkontrakte (s. o. § 143 Note 9) hierher gehörte.

9) Er leistet nicht credendi, sondern solvendi causa.

10) Soweit er von dem Vertrag zurücktreten kann, geht sein Recht regelmäßig weiter als auf Rückforderung der Bereicherung. Soweit es blos auf die Bereicherung geht, handelt es sich nicht um eine cond. ob causam, sondern um eine condictio ex causa finita. S. o. § 318 Note 20.

11) § 527 BGB. S. auch oben § 282 Note 33. Damit hebt er (wie beim Rücktrittsrecht aus gegenseitigen Verträgen, s. o.) den Rechtsgrund der

Dagegen findet unser Rückforderungsrecht statt, z. B. wenn auf einen ungültigen Vertrag[12]) in Kenntniß der Ungültigkeit von einer Seite geleistet wird, in der Erwartung, daß auch die Gegenleistung erfolgen werde[13]); oder bei der Uebersendung von Waaren zur Weiterversendung oder Bearbeitung ohne vorherigen Vertrag[14]), falls die Versendung oder Bearbeitung unterbleibt; oder bei Leistung zum Zweck der Forderungsbegründung, wenn das beabsichtigte Forderungsrecht aus anderen Gründen nicht zur Entstehung kommt[15]).

Die Ereignisse, auf welche die Vollendung des Geschäftes abgestellt ist, können zufällige (in ihrem Eintritt vom Willen der Parteien unabhängige) sein, oder eine Mitwirkung des Empfängers verlangen, oder geradezu in einem bestimmten Verhalten des Empfängers bestehen[16]). Von der zweiten Art ist z. B. die Ausstattung von Töchtern[17]), von der dritten, wenn etwas zu einer wissenschaftlichen Studienreise, Expedition ꝛc. gegeben wird[18]).

Dagegen gibt die Vereitelung einseitiger Voraussetzungen, welche den Geber bei seiner Zuwendung geleitet haben, kein Recht zur Rückforderung, auch wenn ihr Vorliegen dem Empfänger der Leistung erkennbar war. Denn diese Voraussetzungen sind nicht Geschäftsbestandtheil[19]).

Zur Rückforderung gehört in diesem Falle

1. eine Leistung (Zuwendung) im früher besprochenen Sinne, die zur Erreichung des zukünftigen Geschäftszweckes[20]) gemacht ist;

---

eigenen Leistung, soweit sie zur Erfüllung der Auflage dienen sollte, wieder auf: die Rückforderung erfolgt also ex causa finita. Diese Umgestaltung ist noch nicht genügend gewürdigt.

12) Z. B. auch vor Vollendung der zu seiner Gültigkeit nothwendigen Form.

13) Erfolgt diese dann thatsächlich nicht, so kann nicht auf die Gegenleistung, wohl aber auf Rückgabe der eigenen Leistung geklagt werden — falls nicht die Beschränkungen wegen Unredlichkeit oder Verstoßes gegen die guten Sitten vorliegen. S. u. § 322 I bes. Ziff. 2.

14) Sofern die Offerte nicht nach anderen Grundsätzen den Vertrag zu Stande bringt oder das Verhalten des Gegners einen weitergehenden Anspruch auf Schadensersatz erzeugt. S. z. B. §§ 663 BGB., 362 HGB.

15) Z. B. häufig bei Zahlung auf einen gefälschten Wechsel.

16) Ebenso wie bei zufälligen, gemischten oder potestativen Bedingungen. S. o. Bd. I § 97.

17) Die Hingabe hat ihren Zweck verfehlt, wenn die in Aussicht genommene Ehe nicht zu Stande kommt. Das Zustandekommen hängt sowohl vom Verhalten des Ausgestatteten als seines Verlobten ab. Auf beide soll selbstverständlich durch die Zuwendung kein (unsittlicher) Druck ausgeübt werden.

18) Einfache datio ob causam. Immer vorausgesetzt, daß der Zweck nicht unerlaubt oder unsittlich ist. Sonst s. u. § 322.

19) Vgl. o. § 317 Note 9 u. Cit. — Zum Geschäftsbestandtheil, und damit

2. Ausbleiben des bezweckten Erfolgs.

a) Hiervon kann nur die Rede sein, wenn der Eintritt des Erfolgs nicht von Anfang an unmöglich war[21]) und der Leistende dies gewußt hat[22]).

b) Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn der Leistende[23]) den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben vereitelt hat[24]). § 815.

II. Streitig ist die Beweislast. Sicher ist, daß der Rückfordernde seine Leistung, und zwar zum Zwecke des Erfolgs beweisen muß[25]). Was den Eintritt des Erfolgs betrifft, so ist davon auszugehen, daß das Zugewendete nach der Absicht der Parteien bis zur Entscheidung über den Eintritt oder Nichteintritt des Erfolgs beim Empfänger verbleiben sollte. Ist also streitig, ob die Entscheidung gefallen sei, so trifft die Beweislast den Rückfordernden[26]). Derselbe hat aber auch zu beweisen, wie die Entscheidung ausgefallen ist, wenn der Empfänger den Eintritt des Erfolges behauptet. Denn die Zuwendung ist nicht suspensiv bedingt geschehen, sondern unter einem Reuerecht erfolgt[27]): die Zuwendung soll mangels Eintritts des Zwecks zurückgenommen werden dürfen. Diese Voraussetzung seines Anspruchs hat gleichfalls der Zurückfordernde zu beweisen[28]).

---

in anderer Art erheblich können sie werden, wenn sie zur Bedingung der Zuwendung erhoben sind.

20) Dieser muß aus dem Inhalt der Erklärung (direkt oder indirekt) hervorgehen.

21) Thatsächlich oder rechtlich! — Vorübergehende Unmöglichkeit kommt nicht in Betracht.

22) S. o. zu Note 4 ff. Z. B. der Leistende weiß, daß die Ehe, für die er eine Aussteuer gemacht hat, wegen zu naher Verwandtschaft der Betheiligten nicht stattfinden kann.

23) Persönlich oder durch seine Leute u. dgl.

24) Wie bei der Bedingung. S. § 162 BGB. u. oben Bd. I § 98 i. f. — Ob Treu und Glauben verletzt sind, ist Thatfrage. Z. B. aus welchen Gründen der Geber die Ehe vereitelte, die er ausstattete. Lernt er z. B. den bösen Charakter des Verlobten kennen und ist daher in berechtigter Sorge um das Glück seines Schützlings, so sind Treu und Glauben nicht verletzt.

25) Wie bei der Tilgung einer Nichtschuld oben § 318 Note 34.

26) Weil er bis zur Entscheidung das Zugewendete dem Empfänger lassen wollte.

27) Vgl. Wendt, Reurecht und Gebundenheit (Heft 1, 1878). Die Zuwendung darf gegebenenfalls durch die condictio rückgängig gemacht werden. Bis dies geschehen ist, soll sie regelmäßig beim Empfänger verbleiben.

28) Das Resultat entspricht also der condictio indebiti (s. o. § 318 Note 35). Schon Windscheid, Pand. § 429 war dem sehr nahe gekommen, indem er die Beweislast für das Ob der Entscheidung dem Rückfordernden zuwies. Hinsichtlich des Wie verkannte er die Bedeutung des resolutorischen Charakters der Zuwendung. Dadurch wurde das Ergebniß in der That überfein. Praktisch kam es mit der hier vertretenen Ansicht meist überein: denn welcher Empfänger wäre

Sache des Empfängers ist es, darzuthun, daß der Rückfordernde im Augenblick der Zuwendung die Unmöglichkeit des Erfolges gekannt oder denselben wider Treu und Glauben vereitelt habe[29]). Und wenn einfach ob causam versprochen ist, so muß der Empfänger des Versprechens als Gläubiger den Schuldgrund darthun, also daß der Erfolg, von dem die Leistungspflicht abhängt, eingetreten ist[30]). Anders bei abstrakten Versprechen, die auch hier unter den gewöhnlichen Regeln der Zuwendung stehen[31]).

§ 320.

c) Nachträglicher Wegfall des Leistungszwecks (condictio ex causa finita).

Nicht selten war eine Leistung zur Zeit ihrer Vornahme durchaus gerechtfertigt; sie wird aber dadurch grundlos, daß der Zweck der Zuwendung[1]) nachträglich hinwegfällt. Diesen Fall hebt § 812 Abs. 1 BGB. ausdrücklich hervor[2]). Es gelten die allgemeinen Regeln der Zurückforderung. Danach hat insbesondere der Rückfordernde den Wegfall des Leistungsgrundes zu beweisen.

Hierhin gehören vor Allem die Fälle, in denen Jemand von einem gegenseitigen Vertrage wegen Ausbleibens der Gegenleistung, oder von einer Schenkung wegen Nichterfüllung der Auflage mit der Wirkung zurücktreten darf, daß er das selbst Geleistete[3]) nach den Vorschriften

---

wenn es irgend anging, so leichtsinnig gewesen, den Eintritt der Entscheidung zuzugeben, wenn das Wie noch nicht bekannt ist! Ist hiernach jene Unterscheidung zu verwerfen, so war nur auf der richtigen Bahn vorwärts zu schreiten. Zustimmend Cosack § 168 Note 12; Planck § 812 Note 1d; a. M. Dernburg § 377 Ziff. III; Oertmann vor § 812 Note 4 und die (gemeinrechtliche) Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 217. — Unbrauchbar ist die Bemerkung des Prot. Bd. 2 S. 693, es komme darauf an, in welchem Sinne die Leistung von Erreichung des Zwecks abhängig gemacht sei. Daß der Parteiwille Abweichungen rechtfertigen kann, ist (wie überall) zweifellos. Es fragt sich nur von welchem — vorerst festzustellenden — Rechtssatze!

29) Im Fall der Unerlaubtheit, z. B. Unsittlichkeit der causa tritt dazu eventuell noch der Einwand aus § 817 Satz 2 BGB. S. darüber unten § 322.

30) Soweit nach Inhalt des Vertrages keine Vorschußpflicht des Versprechenden besteht (wie z. B. im Fall bei Note 18). — Jedenfalls ist hier der Gedanke der resolutio unverwendbar. Die causa ist Rechtfertigungsgrund der übernommenen Verpflichtung wie jede andere.

31) S. o. § 318 Note 38. Z. B. bei Wechselhingabe ꝛc. Mag das Versprechen kondizirt oder Leistung verweigert werden. Immer vorausgesetzt, daß der Einwand dem Beklagten gegenüber wirksam ist. S. § 796 BGB., Art. 82 WO.

1) Im oben § 317 u. Bd. I §§ 74, 75 ff. verstandenen Sinne.

2) Ebenso wie schon die röm. Juristen. Vgl. l. 2 Dig. de cond. 12, 7; l. 11 § 6 Dig. de A. E. V. 19, 1.

3) Oder gewisse Theile desselben. So im Falle § 527 BGB.

über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordert[4]). Aehnlich im Falle des Widerrufs der Schenkung wegen Undanks[5]), oder wenn zur Bestärkung des Vertrages eine Draufgabe[6]) erfolgte, und diese entweder nicht in die Vertragsleistung eingerechnet oder der Vertrag wiederaufgehoben wurde. Aehnlich wenn sonst auf bestehende Verträge eine Leistung geschah, die durch Auflösung des Vertrags ihre Berechtigung verliert[7]), oder wenn im Prozesse eine vorläufige Leistung erstritten ist und die betreffende Entscheidung hinterher geändert wird[8]). Immer vorausgesetzt, daß nicht nach Lage der Sache ein weiterer Anspruch existirt[9]). Oder Jemand erhält wegen Entziehung einer Sache Schadensersatz, worauf die Sache sich wiederfindet. Nach Tilgung der Schuld befindet sich der nicht zurückgegebene Schuldschein ohne Grund beim Gläubiger[10]) u. dgl.

§ 321.

d) Sonstiger Mangel des Rechtsgrundes (condictio sine causa).

Im Gegensatze zu den vorgenannten stehen die Fälle, in denen nicht der mit einer Leistung verfolgte Zweck (sofort oder nachträglich) vereitelt, sondern eine Rechtsänderung sonst grundlos ist. Das Gesetz erkennt aus besonderen Rücksichten die Rechtsveränderung, nicht aber die damit verbundene Vermögensveränderung an. Daher unterliegt diese der Zurückforderung gegenüber dem Bereicherten. Beruht die Rechtsänderung auf einer Zuwendung, so ist der Empfänger regelmäßig nicht auf Kosten des Zuwendenden sondern eines Dritten bereichert. Oft aber beruht dieser Erwerb überhaupt nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf anderen Ereignissen: Handlungen der

4) So in den Fällen §§ 323 Abs. 3, 327, 361, 527 BGB. — In anderen Rücktrittsfällen werden weitere Rechte gewährt (so in §§ 325, 326 BGB.). Dies gehört nicht hierher (s. o. §§ 170 ff., 174 ff.).

5) S. § 531 Abs. 2 BGB. u. oben § 233.

6) S. § 337 BGB. u. oben § 177 über die arrha.

7) Z. B. der Miethzins oder Dienstlohn ist im Voraus für eine Zeit bezahlt, vor deren Ablauf der Vertrag durch Kündigung endigt (s. §§ 543, 628 Abs. 1 BGB.).

8) So in den Fällen §§ 529, 541 CPO.

9) So bei Verträgen mit Endtermin oder Resolutivbedingung, wonach das Objekt der Verfügung entweder ipso iure zurückfällt oder mit Wirkung ex tunc zurückzugeben ist (s. o. Bd. I § 100 u. das. Note 6). Ebenso bei Wiederauflösung eines obligatorischen Vertrags nach Rücktrittsgrundsätzen soweit die Auflösung ex tunc erfolgt (s. o. Note 4), und wo sonst voller Schadensersatz zu leisten ist (so in § 628 Abs. 2 BGB., §§ 89, 302, 600, 717, 945 CPO. S. u. § 331 Ziff. 3).

10) Vgl. schon l. 2 Cod. de cond. 4, 9.

Menschen oder sonstigen Zufälligkeiten, oder unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift[1]).

Die Fälle werden vom allgemeinen Grundsatz des § 812 ergriffen, wonach die Ausgleichung des ungerechtfertigten Vermögensvortheils zwischen dem Bereicherten und demjenigen stattzufinden hat, auf dessen Kosten der Vortheil eintrat[2]). Dazu gibt das Gesetz noch einzelne Sonderbestimmungen[3]).

I. So zunächst bei Verfügungen eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand, die nach den Vorschriften über Schutz und Sicherheit des gutgläubigen Verkehrs dem wahren Berechtigten gegenüber wirksam sind[4]). Hierhin gehören vor Allem die Fälle der Uebertragung von Eigenthum und anderen dinglichen Rechten durch den grundbuchmäßig legitimirten Scheinberechtigten[5]) oder Besitzer einer Mobilie u. dgl.[6]) an gutgläubige Erwerber; der Erwerb aus einer Zwangsvollstreckung in Sachen, die dem Schuldner nicht gehörten[7]); die Veräußerung einer Sache als Pfand, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht[8]); die Verfügung über Nachlaßgegenstände durch einen mittelst Erbscheins ꝛc. legitimirten Scheinerben[9]), Testamentsvollstrecker[10]) oder Ehegatten bei fortgesetzter Gütergemeinschaft[11]) u. dgl.[12]).

1) Vgl. o. § 317 Ziff. 1b. — Da hier kein solch bestimmter Typus vorliegt, wie in den vorgenannten Fällen, hat sich auch kein besonderer Name dafür gebildet, und umfaßt man die Fälle mit der allgemeinen Bezeichnung condictio sine causa.

2) Selbstverständlich hat der den Vortheil Zurückfordernde die Voraussetzungen seines Anspruchs zu beweisen.

3) Streitig ist, ob die Ausgleichung sich auf Fälle beschränkt, die das Gesetz ausdrücklich erwähnt. Dies behauptet Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte (1899) S. 135. Nach ihm enthält § 812 BGB. keinen Rechtssatz, aus welchem ohne Hinzukommen anderer gesetzlicher Bestimmungen ein Anspruch auf Bereicherung abgeleitet werden könnte. Aber wenn wir die Fälle auch nicht aus § 812 ermitteln, so ermitteln wir sie doch aus dem Begriff des Rechtsgrundes und aus den allgemeinen Prinzipien der Billigkeit, aus Treu und Glauben im Verkehr ꝛc. (geradeso wie wir auch sonst aus diesen Prinzipien konstruiren). S. schon oben § 137 zu Note 19, wonach ein arg. a contrario in dieser Lehre nur mit ganz besonderer Vorsicht erlaubt ist. S. auch Dernburg § 374 Note 9.

4) Die Wirksamkeit ist Ausnahme (s. Bd. I § 84 Note 3 i. f.), aber eine im heutigen Recht ziemlich verbreitete. Vgl. die Beispiele daf. § 71 Note 13. Ramdohr in d. Beitr. z. Erl. des deutschen Rechts Bd. 44 S. 115, 324, 658, 801.

5) S. §§ 892—894, 1138, 1155 ff., 1192, 1200 BGB.

6) S. §§ 932 ff., 1032, 1207 ff. eod. Aehnlich bei Schiffspfandrechten durch die im Schiffsregister als Berechtigter eingetragene Person. §§ 1262, 1272 BGB.

7) Also wenn der wahre Berechtige die sog. Exekutionsintervention versäumt hat. Dernburg § 378 Note 2. Entsch. d. RG. Bd. 40 S. 288 ff. S. auch den Fall § 1242 BGB.

8) S. § 1244 BGB.

9) S. §§ 2353 ff., 2366 BGB.

10) Im Falle seiner Legitimation durch ähnliches gerichtliches Vollstreckerzeugniß. § 2368 BGB.

Bereichert ist in allen diesen Fällen der Nichtberechtigte um das aus der unberechtigten Verfügung Erlangte[13]). War die Verfügung unentgeltlich[14]), so hat derjenige, welcher aus der Verfügung unmittelbar[15]) einen rechtlichen Vortheil erlangte[16]), also regelmäßig der Empfänger[17]), die Bereicherung zu erstatten[18]). § 816 Abs. 1[19]).

Gleichgültig ist, ob der Verfügende in gutem Glauben handelte. Auch sofern das demselben geleistete Aequivalent ein besonders hohes ist, erscheint es als Bereicherung[20]).

II. Aehnlich kommt es vor, daß die Leistung an einen Nichtberechtigten nach Verkehrsgrundsätzen dem wahren Berechtigten gegenüber wirksam ist[21]). Derselbe muß die Leistung gegen sich gelten lassen; sein Recht ist damit untergegangen, der Verpflichtete ist befreit. So leistet der cedirte Schuldner, bevor er von der Abtretung Kenntniß erlangt, gültig an den bisherigen Berechtigten, und bei mehrmaliger Abtretung an den, dessen Rechtserwerb ihm bei der Leistung bekannt war[22]). Er leistet gültig an den ihm vom bisherigen Gläubiger bezeichneten Cessionar auch wenn die Abtretung sich nachher als nicht erfolgt oder als unwirksam erwies[23]). Ebenso leistet der Miether

---

11) S. § 1507 BGB.

12) Andere Fälle ergeben sich z. B. noch aus §§ 365—367 HGB., Art. 36 WO.

13) Also insbesondere durch die Gegenleistung des gutgläubigen Erwerbers.

14) Hier hat der verfügende Nichtberechtigte durch die Verfügung nichts erlangt und ist in Folge dessen nicht bereichert.

15) Nicht mittelbar durch ein neues Geschäft, z. B. bei mehrmaliger Uebertragung. S. o. § 317 Note 39.

16) Nicht einen blos thatsächlichen z. B. Annehmlichkeitsvortheil, für den er keine besonderen Ausgaben gemacht haben würde.

17) Aehnlich wie oben § 317 Note 42 ff. Nur haftet der unentgeltliche Empfänger hier primär (nicht wie dort blos sekundär neben dem Erstverpflichteten, soweit dieser befreit ist). Er erscheint als der Bereicherte. Die Liberalität wird auch hier als Rechtfertigungsgrund der Zuwendung nicht beachtet.

18) Die Verjährung des Rückforderungsanspruchs beginnt gegen ihn erst vom Empfang.

19) In dieser Bestimmung liegt auch der Schlüssel zur Entscheidung des Falles (Ennecerus § 857 i. f.), wenn ein Dieb mit dem gestohlenen Gelde Sachen kauft und diese verschenkt (s. schon oben § 317 Note 51). Soweit vom Dieb kein Ersatz zu erlangen ist, haftet der Beschenkte nach § 816 Abs. 1 auf Rückgabe der Sachen. Denn der Dieb war zur Verfügung über das Geld nicht berechtigt.

20) S. übrigens oben § 144.

21) Ist dies nicht der Fall, so ist für die condictio kein Platz. S. die Beispiele Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 191, Bd. 10 S. 241.

22) S. §§ 407, 408, 413 BGB. u. oben § 200.

23) S. §§ 409, 413 BGB. — Umgekehrt muß der Schuldner einer mit

oder Pächter gültig an den bisherigen Vermiether[24]), wenn ohne sein Wissen das Miethobjekt veräußert oder unter Wegfall der Rechte des Vermiethers einem Anderen zugefallen ist[25]). Umgekehrt leistet er gültig an den ihm vom Vermiether bezeichneten Erwerber, auch wenn die Uebertragung des Miethobjekts nicht erfolgt oder unwirksam ist[26]). Entsprechende Grundsätze gelten für die Tilgung von Forderungen, die ohne Wissen des Schuldners in ein Gesellschaftsvermögen oder in die eheliche Gütergemeinschaft eingebracht sind[27]); für die Leistung an den legitimirten Besitzer eines Werthpapiers[28]), an den durch Erbschein legitimirten Scheinerben des Gläubigers oder einen legitimirten Testamentsvollstrecker[29]). Wer für Zerstörung oder Beschädigung einer Sache Ersatz schuldet, wird durch die Leistung an den Besitzer der Sache auch gegenüber dem wahren Eigenthümer befreit[30]) ꝛc.

Bereichert ist in diesen Fällen der Empfänger der Leistung, und zwar auf Kosten des wahren Berechtigten. Zwischen diesen Personen hat also hier auf Verlangen die Ausgleichung stattzufinden. § 816 Abs. 2.

III. Wenn Jemand durch Rechtsgeschäft in eigenem Namen Gegenstände erwirbt, dabei aber im Interesse eines Dritten handelt[31]) und den erlangten Gegenstand ohne neues Geschäft[32]) in das Vermögen des Dritten verwendet, so fragt sich, ob, wenn der Veräußerer von seinem Kontrahenten weder den bedungenen Gegenwerth noch den veräußerten Gegenstand zurückerhalten kann[33]), eine Be-

---

Schuldschein abgetretenen simulirten Forderung nach § 405 BGB. dem gutgläubigen Erwerber zahlen.

24) Sei er der Eigenthümer, Nießbraucher, Ehemann oder Vater als Verwalter des Frauen- und Kindesguts, Vorerbe ꝛc.

25) S. §§ 574 ff., 579, 1056, 1423, 1663, 2135 BGB.

26) S. §§ 576, 579 BGB. u. oben zu Note 23. — Der Miether beweglicher Sachen ist gegenüber dem neuen Erwerber nach §§ 931, 986 Abs. 2 geschützt. S. schon oben §§ 242 ff. und weiter im Sachenrecht.

27) S. §§ 720, 1473, 1497, 1524 BGB.

28) Auch wenn er nicht der wahre Berechtigte ist. S. o. § 311 Ziff. 2, § 314 bes. Ziff. 5, § 315 Ziff. III.

29) S. §§ 2366, 2368 BGB.

30) Es sei denn daß er den letzteren kennt. § 851 BGB. S. auch unten § 339 II Ziff. 2.

31) Weil der Kontrahent in eigenem Namen handelt, ist der Dritte an dem Geschäfte rechtlich gar nicht betheiligt. S. Bd. I § 103 Ziff. 2.

32) Gemäß § 317 Note 39 ff. — Hat der Gegenkontrahent des Veräußerers einen Anspruch wegen der Verwendung gegen den Dritten (z. B. aus nützlicher Geschäftsführung), so kann der Veräußerer diesen Anspruch pfänden resp. sich überweisen lassen, und auf Grund dessen gegen den Dritten vorgehen.

33) Einen ähnlichen Fall aus dem Recht der unerlaubten Handlungen s. u. § 338 Note 41 ff.

reicherung des Dritten auf Kosten des Veräußerers anzunehmen ist. Das ältere Recht gewährte regelmäßig einen solchen Anspruch auf Grund der Verwendung[34]), und wir können ihn heute auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung aufrecht erhalten. Es handelt sich nicht um eine bloße Voraussetzung bei Veräußerung des Gegenstandes[35]), sondern um die reell fortwirkende Thatsache, daß der Gegenstand sich ohne rechtfertigenden Akt auf Kosten des Veräußerers[36]) in dem Vermögen des Dritten befindet[37]), also das letztere bereichert[38]). Ebenso ist auch zu entscheiden, wenn der ursprüngliche Erwerber das Objekt dem Dritten geschenkt oder sonst unentgeltlich zugewendet hatte[39]).

IV. Andere Fälle eines blos formalen Rechtserwerbs, die der vermögensrechtlichen Ausgleichung unterliegen, sind schon erwähnt[40]); z. B. Erwerb in Folge von Verbindung, Vermischung, Verarbeitung von Sachen, sowie nach Fundrecht, wenn der Finder ꝛc.[41]) das

---

34) Das preuß. und franz. Recht gaben hier eine allgemeine actio de in rem verso (vgl. o. § 317 Note 3; Dernburg, Preuß. Recht Bd. II §§ 287 ff.; Crome-Zachariä, Franz. Recht Bd. I § 115 Note 4, Bd. II § 412a), — das gemeine Recht die actio de in rem verso utilis (s. § 317 a. a. O. u. Dernburg, Pand. II § 14 i. f.).

35) Die regelmäßig unerheblich ist (s. o. § 317 Note 9). Ja wir haben gesehen, daß die Absicht, im Interesse des Dritten zu handeln, bei dem Erwerber nicht einmal hervorgetreten zu sein braucht.

36) Dies ist, wie bemerkt, nur dann der Fall, wenn feststeht, daß der Veräußerer von seinem Kontrahenten die bedungene Vergütung nicht mehr erhalten kann.

37) Zwischen dem Geschäft und diesem Empfang muß ein Kausalzusammenhang (das Interesseverhältniß) bestehen. S. o. zu Note 31.

38) S. die Beispiele Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 143, 159; Bd. 21 S. 236. Die dem zahlungsunfähigen Kontrahenten gelieferten Materialien sind in dem Grundstück seines Verwandten oder im Sondergut seines Ehegatten verbaut oder sonst verwendet. Die Billigkeit verlangt den im Text vertheidigten Anspruch. Auch die Motive Bd. 2 S. 872 sprechen sich keineswegs dagegen aus (man schreckte nur vor der positiven Formulirung zurück). Wie hier Dernburg § 380 Ziff. V. Zur Rechtfertigung läßt sich noch etwa Folgendes sagen: Wenn der kontraktliche Erwerber des Gegenstandes nicht zahlen kann, so hat der Veräußerer gegen ihn ein Rücktrittsrecht, eventuell die condictio ex causa finita (s. o. § 320 Noten 4 u. 9). Der gutgläubige weitere Erwerber ohne Titel muß dann mit der condictio haften, wie wenn der Zufall ihm das Objekt hinübergespielt hätte. Das u. Note 39 Gesagte findet Anwendung.

39) Arg. § 816 Abs. 1 Satz 2 u. §§ 822 BGB., wonach die Unentgeltlichkeit in solchen Fällen regelmäßig als Rechtfertigungsgrund der Zuwendung nicht beachtet wird. S. o. § 317 Note 42 ff. Auch die Versionsklage war nur bei Vergütung des Objekts seitens des Dritten ausgeschlossen. In der That läßt sich hier oft praktisch kaum sagen, ob kein Geschäft oder Liberalität vorliegt.

40) S. o. § 317 Ziff. 1 lit. b.

41) Oder die Gemeinde des Fundorts. Die condictio beim Fund ist zeitlich besonders beschränkt. S. § 977 BGB.

Eigenthum am Funde erlangt hat[42]). Hier geht der Bereicherungsanspruch immer auf Geld[43]). Der gutgläubige Besitzer einer Sache hat die gezogenen Früchte insoweit herauszugeben[44]) als sie den ordnungsmäßigen Wirthschaftsertrag übersteigen, und allgemein soweit er den Besitz unentgeltlich erlangt hat[45]). Unter Ehegatten und ihren Rechtsnachfolgern sind alle Bereicherungen zu erstatten, welche in Folge der ehelichen Güterverwaltung zu Gunsten des Sonderguts oder des eingebrachten Gutes eines Ehegatten auf Kosten anderer Vermögensmassen, einschließlich der Gütergemeinschaft, oder umgekehrt, eingetreten sind[46]). Zu erstatten sind zufällige Rechtsgewinne, z. B. durch Schreibfehler im Grundbuch oder in einem Werthpapier[47]), oder wenn Jemand ein fremdes Geschäft führt in der Meinung, daß es sein eigenes sei[48]). Ferner die Bereicherung aus unerlaubten Handlungen, wenn der Thäter 2c. wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit oder aus anderen Gründen nicht verantwortlich[49]), oder der Schadensersatzanspruch verjährt ist[50]); sowie die Bereicherung aus Verträgen oder vertragsähnlich verpflichtenden Handlungen, wenn der Handelnde nicht geschäftsfähig ist[51]).

§ 322.

2. Unredlicher Erwerb (condictio ob turpem vel iniustam causam).

I. Besondere Betrachtung erfordert der Fall, da eine Leistung nicht nur objektiv ungerechtfertigt, sondern subjektiv widerrechtlich ist, indem der Empfänger, und nicht selten auch der Geber, dadurch gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen[1]). Es handelt sich also hier um Leistungen aus einem rechtlich mißbilligten

42) §§ 951, 977 BGB. S. auch § 317 Note 19.

43) § 951 BGB. sagt dies ausdrücklich. Auch in § 977 versteht es sich von selbst (Finderlohn und etwaige Aufwendungen des Erwerbers sind als die Bereicherung mindernd abzuziehen).

44) Nicht allgemein. S. o. § 317 Note 20.

45) S. §§ 988, 993 BGB. — Wegen des Abzugs der Verwendungen s. §§ 996, 999.

46) Vgl. §§ 1399 Abs. 2, 1455, 1487, 1519, 1539, 1549 BGB.

47) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 111—112.

48) S. § 687 Abs. 1 BGB. u. oben § 256 Ziff. 1. — Bei Verschulden in diesem sowie im vorhergehenden Falle tritt eine Verpflichtung auf vollen Schadensersatz ein.

49) S. o. Bd. I § 109. Der Bereicherungsanspruch ist aus § 852 Abs. 2 BGB. wegen Gleichheit des Grundes abzuleiten. Doch kann das Resultat durch die Vorschrift des § 829 BGB. (s. u. § 331 Ziff. 5) überholt werden.

50) § 852 Abs. 2 BGB. S. u. § 340.

51) Z. B. im Falle § 682 BGB. bei der Geschäftsführung.

1) So ausdrücklich § 817 Satz 1 BGB. Entsprechend Art. 1133 Code Nap.

Grunde. Ein solcher Zweck der Leistung wird dem Fehlen des Zweckes gleichgestellt[2]). Die Zuwendung entbehrt also auch hier des Rechtsgrundes. Weil aber eine Unredlichkeit unterläuft (durch die Leistung von einer oder beiden Parteien ein Unrecht begangen wird), so sind nicht nur der Umfang des Rückforderungsanspruchs[3]), sondern auch die Voraussetzungen theilweise eigenartig bestimmt. § 817.

Der rechtlich mißbilligte Zweck kann in der Vergangenheit oder in der Zukunft liegen[4]). Die Leistung kann also Erfüllung sein, wenn das Gesetz in dem gegebenen Falle keine Erfüllung gelten läßt; oder sie soll den Empfänger zu einem gewissen künftigen Verhalten bestimmen, zu welchem das Gesetz Bestimmung durch Vermögensleistungen verpönt[5]). Die Unredlichkeit des Erwerbs ist also ein Moment, das sich in die Mehrzahl der oben geschilderten Kondiktionsfälle hineinlegen kann, sie eigenthümlich gestaltet und umbildet[6]).

Gleichwohl erleidet der Bereicherungsanspruch hier eine wichtige Einschränkung. Er setzt wie alle Bereicherungsansprüche voraus, daß der vermögensrechtlich auszugleichende Rechtseffekt besteht[7]). Davon kann aber gerade hier wegen des gesetzlichen Verbots resp. der in dem Geschäft liegenden Unsittlichkeit viel seltener die Rede sein[8]). Trifft das Verbot die Zuwendung (nicht blos das Grundgeschäft), so ist sie nichtig[9]). Das Geleistete wird vom Empfänger nicht erworben; es kann also auf Grund der Nichtigkeit zurückverlangt werden, nicht blos wegen der Hinfälligkeit des Zwecks[10]). Die Schwierigkeit liegt

2) Ebenso stellt Art. 1131 Code Nap. kurz und schneidig die causa illicita dem Mangel der causa gleich.

3) Schon im röm. Recht bestimmte sich der Umfang der Haftung nach den Regeln der cond. furtiva (oben § 317 Note 1). Vgl. l. 7 Cod. de cond. ob turp. c. 4, 7. S. jetzt unten Ziff. II.

4) Vgl. o. §§ 318, 319. Irrig beschränkte man ihn früher vielfach auf die Zukunft. Dagegen schon Motive Bd. 2 S. 849. Ein verwerflicher Geschäftszweck ist also z. B. auch die Bezahlung von Diensten, die man sich nicht bezahlen lassen darf.

5) Dies ist insbesondere der Fall der condictio ob turpem causam. — Die röm. Unterscheidung dieser und der cond. ob injustam causam ist heute zwecklos.

6) Z. B. die nach Verjährung der Schadenersatzklage gemäß § 852 Abs. 2 übrig bleibende condictio kann einen unredlichen Empfang betreffen.

7) S. o. § 316 Ziff. 1, § 317 Note 5.

8) Verbotene resp. unsittliche Geschäfte sind nach §§ 134, 138 BGB. nichtig. S. o. Bd. I § 85.

9) Vgl. über diese Unterscheidung Bd. I § 80 zu Note 9 ff.

10) Es findet die Vindikation, nicht blos die Kondiktion statt. Wegen der Ersatzfrage für Fehlendes, sodann auch wegen Ausschluß der Kondiktion bei eigener Unredlichkeit des Zurückfordernden (s. u. Ziff. 2) ist dies sehr wichtig. Wer sich auf die Nichtigkeit der Zuwendung und folgeweise auf sein Eigenthum berufen kann, kommt nicht in die Lage, sich auf die eigene Unredlichkeit beziehen zu müssen.

in Beantwortung der Frage, wann das Zuwendungsgeschäft nichtig ist Dies ist nicht allgemein der Fall, wenn etwas auf gesetzwidriger oder unsittlicher Grundlage gewährt wurde. Die Kondiktion hätte sonst gar keinen Spielraum mehr: sie würde sich auf die wenigen Fälle beschränken, da das Gewährte vom Empfänger *verbraucht* worden ist[11]). Man kann nicht annehmen, daß dieserhalb die detaillirte Vorschrift des § 817 in das Gesetz eingestellt ist[12]). Anderseits läßt sich auch *nicht soweit gehen, jedes abstrakte Geschäft* für gültig zu erklären, trotzdem der konkrete Rechtsgrund ein gesetzwidriger oder unsittlicher war[13]). Dies hieße der Gesetzesumgehung Thür und Thor öffnen. Jede verwerfliche Abmachung brauchte nur in ein abstraktes Geschäft eingekleidet zu werden, um der Nichtigkeit (§§ 134, 138 BGB.) zu entgehen. Dies kann ebensowenig gewollt sein[14]). So liegt das Richtige in der Mitte. Eine Gesetzesumgehung[15]) kann nur in Frage kommen bei denjenigen Geschäften, bei welchen die Loslösung der Zuwendung von der causa *ausschließlich auf der Privatwillkür beruht*; nicht da, wo das Gesetz *die Zuwendung nur als abstraktes Geschäft zuläßt* oder *als regelmäßig abstrakt kennt*. Dies ist der Fall *bei sachenrechtlichen Uebereignungen*[16]). Mängel des Zweckgeschäfts (auch dessen Unsittlichkeit ꝛc.) beschränken sich hier auf seinen Inhalt[17]): *die Uebereignung ist gültig*, wenn auch aus verwerflichem Grunde erfolgt[18]). Dagegen

11) So in der That Dernburg § 379; Klingmüller S. 84 ff. — der Wissenschaft fehlt bisher ein einheitliches Prinzip. Die nachfolgende Lösung scheint die einzig mögliche.

12) Zweifellos war dies auch nicht die Absicht der Redaktoren. S. Motive Bd. 2 S. 849 ff. und das weitere Material aus den Vorarbeiten bei Planck § 817 Note 1.

13) Dies ist die Ansicht der Mehrzahl der Schriftsteller, wenn sie auch einzelne Fälle ausnehmen (in denen die Zuwendung selbst unsittlich oder rechtswidrig sei). Abgesehen davon trifft bei ihnen die Nichtigkeit nur das Grundgeschäft (die causa). So. z. B. Collatz in Jhering's Jahrb. Bd. 40 S. 141, Oertmann § 817 Note 3 u. Juristenzeitung 1902 S. 105; Enneccerus § 355.

14) S. schon oben § 306 Ziff. 2 bes. Note 14.

15) Die auch nach allgemeinen Grundsätzen der in fraudem legis getroffenen Abmachung keine größere Kraft verleihen kann, als ihr an sich zukommen würde. S. o. Bd. I § 18 Note 27.

16) Die Auflassung ist nothwendig abstrakt, die Uebereignung von Mobilien ist es regelmäßig.

17) S. o. Bd. I § 75 zu Note 10, § 80 Note 11 ff. Das Gesetz gebraucht für den dinglichen Uebereignungsvertrag den kennzeichnenden Ausdruck: Einigung. S. §§ 873, 925, 929 BGB. Der Konsens bei der „Einigung" beschränkt sich nach dem System des Gesetzes auf den dinglichen Rechtsübergang. Das Zweckgeschäft (die causa) umfaßt sie nicht.

18) Fall der condictio des § 817! — So wird allein auch die vernünftige Rechtssymmetrie hergestellt. Denn ist es nicht unleidlich, den Fall anders zu behandeln, wenn der gedungene Mörder zum Lohn Geld erhält, oder wenn ihm andere Sachen übergeben werden? Da der Geber hier selbst in turpitudo ist,

ist die aus einem solchen Grunde übernommene schuldrechtliche Verpflichtung nichtig, auch wenn sie abstrakt gefaßt ist, weil diese Fassung nur von der Privatwillkür abhängt und keinesfalls der regelmäßige Weg der Verpflichtung ist. Dies gilt auch von einem Schuldanerkenntniß, das aus verwerflichem Grunde abgegeben ist[19]), von der Ausstellung von Werthpapieren, ja selbst vom Wechsel, trotzdem hier die Verpflichtung nothwendig abstrakt ist[20]), da es nur von der Parteiwillkür abhängt, die Verpflichtung in Wechselform zu übernehmen[21]). Anderseits ist bei den zur Cirkulation bestimmten Papieren, insbesondere der Anweisung, den Inhaber- und Orderpapieren zu beachten, daß Einwendungen gegen die Gültigkeit der Verpflichtung lediglich insoweit zulässig sind, als sie sich aus dem Inhalt des Papiers ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Fordernden zustehen[22]). Es kann also das ungültig ausgegebene Papier in den Händen eines gutgläubigen Dritten Kraft gewinnen; und der verwerfliche Grund der Ausgabe oder einer weiteren Begebung des Papiers wirkt dann nur im Rahmen einer condictio zwischen denjenigen Betheiligten, unter denen er vorliegt[23]), z. B. im Deckungs- oder Valutaverhältniß. —

Behauptet sich aus irgend einem derartigen Grunde die Zuwendung, so findet wegen der Verwerflichkeit des Leistungszwecks die Ausgleichung nach folgenden Gesichtspunkten statt.

---

könnte im ersten Fall das ins Vermögen des Mörders übergegangene Geld nicht kondizirt, wohl aber die anderen Naturalien vindizirt werden. So in der That Dernburg arg. § 817 Satz 2 BGB. Nach unserer Konstruktion findet keinesfalls Rückforderung statt.

19) S. schon oben § 306, insbes. auch die das. Note 12 erwähnten röm. Quellenstellen u. die Entscheidungen Note 13.

20) S. Bd. I § 75 vor Note 10.

21) Der Mörder im obigen Beispiel kann also in allen diesen Fällen den versprochenen Lohn nicht fordern; es ist nicht blos der Schuldschein oder das Werthpapier, das er in Händen hat, ex turpi causa kondizirbar!

22) S. §§ 784, 796 BGB., Art. 82 WO., § 364 Abs. 2 HGB. — S. o. §§ 308, 310 Note 27 ff., 311 Ziff. 1 und 3, 314 Ziff. 4 und 6.

23) Man denke sich: Der Theaterdirektor oder Vorstand eines Transportunternehmens gibt ein Theaterbillet oder eine Inhaberfahrkarte als Freibillet an seine Konkubine. Oder an einen Beamten als unerlaubte Belohnung für die Vornahme einer Amtshandlung. Der Empfänger verkauft das Papier an einen gutgläubigen Dritten. Der Unternehmer kann letzterem nach § 796 BGB. nicht die Leistung verweigern. Die Unsittlichkeit ꝛc. wirkt nur zwischen den beiden daran Betheiligten nach den Grundsätzen der condictio. — Aehnlich wenn das Papier aus ehrbarem Grunde ausgegeben aber aus unsittlichem weitergegeben wird (auch hier wirkt die Unsittlichkeit nur unter den Parteien; der Aussteller kann sich jedenfalls gegenüber einem gutgläubigen Erwerber nicht darauf berufen). — Alles dies gilt auch entsprechend bei Orderpapieren (bes. beim Wechsel) und Anweisungen (oben § 308). — Wegen des guten Glaubens s. o. § 310 Note 28, § 314 Note 75.

1. Voraussetzung der Rückgabepflicht ist, daß der Empfänger der Leistung durch die Annahme gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen hat[24]). Darin liegt

a) das Verhalten, wofür empfangen wurde, kann für sich betrachtet ganz unverfänglich, ja ein gebotenes sein[25]). Erst dadurch, daß der Empfänger es sich vergüten, oder durch eine Vermögenszuwendung dazu bestimmen läßt, liegt ein Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitte vor[26]).

b) Von einem Verstoß gegen Gesetz und gute Sitte durch den Empfang kann nur die Rede sein, wenn dabei der Zweck der Leistung und dessen Verwerflichkeit dem Empfänger erkennbar war[27]).

2. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn der Leistende gleichfalls, also durch die Hingabe, gegen Gesetz oder gute Sitte verstoßen hat[28]). § 817 Satz 2. Der Sachlage entspricht hier die Aufrechthaltung des bestehenden Zustands. War blos etwas versprochen, so kann das Versprechen kondizirt werden (z. B. ein Wechsel), sodaß materiell nichts zu leisten ist[29]). War das Versprechen aber schon erfüllt, so findet wiederum keine Rückforderung statt[30]).

II. Soweit Rückforderung zulässig ist, geht sie auch hier auf Herausgabe des Erlangten[31]). Doch bewirkt die Unredlichkeit des Empfangs eine Kenntniß oder ein Kennenmüssen der Herausgabepflicht vom Eintritt der Bereicherung an, was die Haftung des Verpflichteten eigenthümlich verschärft. S. u. § 323.

III. Was den Beweis angeht, so hat der Rückfordernde seine Leistung und deren Zweck darzuthun, also daß derselbe gegen das Ge-

---

24) Verstöße gegen das Gesetz liegen z. B. vor beim verbotenen Zinsennehmen, Wucher, Bestechung, Erpressung u. s. w., soweit die Fälle nicht als Delikt zur Leistung vollen Schadensersatzes verpflichten. — Ueber gute Sitten s. schon Bd. I § 13 Note 9, § 85 Ziff. 1.

25) Z. B. eine Amtshandlung.

26) Entsprechend dem oben Bd. I § 85 Ziff. 1 bes. lit. a und c Gesagten.

27) Z. B. wenn er nicht guten Grund hatte zu glauben, daß es sich um einen erlaubten Freundschaftsbeweis des Gebers handle.

28) Konform dem röm. Grundsatz: nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans. Oder: in pari turpitudine melior est possidentis condicio. Vgl. l. 1 § 2, l. 2, 3 Dig. de cond. ob turp. c. 12, 5.

29) Selbstverständlich kann auch die Erfüllung des Versprechens verweigert werden. — § 812 BGB. nennt das Versprechen (als Zuwendung im Sinne der Kondiktionenlehre) eine Leistung. In Verfolg dieser Terminologie heißt es dann in § 817, daß diese Leistung auch in pari turpitudine zurückgefordert werden könne. Die Fassung, nicht der Gedanke ist verkünstelt.

30) Der Leistungsgegenstand bleibt nach dem Satze: melior est possidentis condicio (s. o. Note 28) wo er sich befindet.

31) S. o. § 317 Ziff. 2.

reicherung des Dritten auf Kosten des Veräußerers anzunehmen ist. Das ältere Recht gewährte regelmäßig einen solchen Anspruch auf Grund der Verwendung[34]), und wir können ihn heute auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung aufrecht erhalten. Es handelt sich nicht um eine bloße Voraussetzung bei Veräußerung des Gegenstandes[35]), sondern um die reell fortwirkende Thatsache, daß der Gegenstand sich ohne rechtfertigenden Akt auf Kosten des Veräußerers[36]) in dem Vermögen des Dritten befindet[37]), also das letztere bereichert[38]). Ebenso ist auch zu entscheiden, wenn der ursprüngliche Erwerber das Objekt dem Dritten geschenkt oder sonst unentgeltlich zugewendet hatte[39]).

IV. Andere Fälle eines blos formalen Rechtserwerbs, die der vermögensrechtlichen Ausgleichung unterliegen, sind schon erwähnt[40]); z. B. Erwerb in Folge von Verbindung, Vermischung, Verarbeitung von Sachen, sowie nach Fundrecht, wenn der Finder ꝛc.[41]) das

---

34) Das preuß. und franz. Recht gaben hier eine allgemeine actio de in rem verso (vgl. o. § 317 Note 3; Dernburg, Preuß. Recht Bd. II §§ 287 ff.; Crome-Zachariä, Franz. Recht Bd. I § 115 Note 4, Bd. II § 412a), — das gemeine Recht die actio de in rem verso utilis (s. § 317 a. a. O. u. Dernburg, Pand. II § 14 i. f.).

35) Die regelmäßig unerheblich ist (s. o. § 317 Note 9). Ja wir haben gesehen, daß die Absicht, im Interesse des Dritten zu handeln, bei dem Erwerber nicht einmal hervorgetreten zu sein braucht.

36) Dies ist, wie bemerkt, nur dann der Fall, wenn feststeht, daß der Veräußerer von seinem Kontrahenten die bedungene Vergütung nicht mehr erhalten kann.

37) Zwischen dem Geschäft und diesem Empfang muß ein Kausalzusammenhang (das Interesseverhältniß) bestehen. S. o. zu Note 31.

38) S. die Beispiele Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 143, 159; Bd. 21 S. 236. Die dem zahlungsunfähigen Kontrahenten gelieferten Materialien sind in dem Grundstück seines Verwandten oder im Sondergut seines Ehegatten verbaut oder sonst verwendet. Die Billigkeit verlangt den im Text vertheidigten Anspruch. Auch die Motive Bd. 2 S. 872 sprechen sich keineswegs dagegen aus (man schreckte nur vor der positiven Formulirung zurück). Wie hier Dernburg § 380 Ziff. V. Zur Rechtfertigung läßt sich noch etwa Folgendes sagen: Wenn der kontraktliche Erwerber des Gegenstandes nicht zahlen kann, so hat der Veräußerer gegen ihn ein Rücktrittsrecht, eventuell die condictio ex causa finita (s. o. § 320 Noten 4 u. 9). Der gutgläubige weitere Erwerber ohne Titel muß dann mit der condictio haften, wie wenn der Zufall ihm das Objekt hinübergespielt hätte. Das u. Note 39 Gesagte findet Anwendung.

39) Arg. § 816 Abs. 1 Satz 2 u. §§ 822 BGB., wonach die Unentgeltlichkeit in solchen Fällen regelmäßig als Rechtfertigungsgrund der Zuwendung nicht beachtet wird. S. o. § 317 Note 42 ff. Auch die Versionsklage war nur bei Vergütung des Objekts seitens des Dritten ausgeschlossen. In der That läßt sich hier oft praktisch kaum sagen, ob kein Geschäft oder Liberalität vorliegt.

40) S. o. § 317 Ziff. 1 lit. b.

41) Oder die Gemeinde des Fundorts. Die condictio beim Fund ist zeitlich besonders beschränkt. S. § 977 BGB.

Eigenthum am Funde erlangt hat[42]). Hier geht der Bereicherungsanspruch immer auf Geld[43]). Der gutgläubige Besitzer einer Sache hat die gezogenen Früchte insoweit herauszugeben[44]) als sie den ordnungsmäßigen Wirthschaftsertrag übersteigen, und allgemein soweit er den Besitz unentgeltlich erlangt hat[45]). Unter Ehegatten und ihren Rechtsnachfolgern sind alle Bereicherungen zu erstatten, welche in Folge der ehelichen Güterverwaltung zu Gunsten des Sonderguts oder des eingebrachten Gutes eines Ehegatten auf Kosten anderer Vermögensmassen, einschließlich der Gütergemeinschaft, oder umgekehrt, eingetreten sind[46]). Zu erstatten sind zufällige Rechtsgewinne, z. B. durch Schreibfehler im Grundbuch oder in einem Werthpapier[47]), oder wenn Jemand ein fremdes Geschäft führt in der Meinung, daß es sein eigenes sei[48]). Ferner die Bereicherung aus unerlaubten Handlungen, wenn der Thäter ꝛc. wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit oder aus anderen Gründen nicht verantwortlich[49]), oder der Schadensersatzanspruch verjährt ist[50]); sowie die Bereicherung aus Verträgen oder vertragsähnlich verpflichtenden Handlungen, wenn der Handelnde nicht geschäftsfähig ist[51]).

§ 322.

2. Unredlicher Erwerb (condictio ob turpem vel iniustam causam).

I. Besondere Betrachtung erfordert der Fall, da eine Leistung nicht nur objektiv ungerechtfertigt, sondern subjektiv widerrechtlich ist, indem der Empfänger, und nicht selten auch der Geber, dadurch gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen[1]). Es handelt sich also hier um Leistungen aus einem rechtlich mißbilligten

42) §§ 951, 977 BGB. S. auch § 317 Note 19.

43) § 951 BGB. sagt dies ausdrücklich. Auch in § 977 versteht es sich von selbst (Finderlohn und etwaige Aufwendungen des Erwerbers sind als die Bereicherung mindernd abzuziehen).

44) Nicht allgemein. S. o. § 317 Note 20.

45) S. §§ 988, 993 BGB. — Wegen des Abzugs der Verwendungen s. §§ 996, 999.

46) Vgl. §§ 1399 Abs. 2, 1455, 1487, 1519, 1539, 1549 BGB.

47) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 111—112.

48) S. § 687 Abs. 1 BGB. u. oben § 256 Ziff. 1. — Bei Verschulden in diesem sowie im vorhergehenden Falle tritt eine Verpflichtung auf vollen Schadensersatz ein.

49) S. o. Bd. I § 109. Der Bereicherungsanspruch ist aus § 852 Abs. 2 BGB. wegen Gleichheit des Grundes abzuleiten. Doch kann das Resultat durch die Vorschrift des § 829 BGB. (s. u. § 331 Ziff. 5) überholt werden.

50) § 852 Abs. 2 BGB. S. u. § 340.

51) Z. B. im Falle § 682 BGB. bei der Geschäftsführung.

1) So ausdrücklich § 817 Satz 1 BGB. Entsprechend Art. 1133 Code Nap.

Grunde. Ein solcher Zweck der Leistung wird dem Fehlen des Zweckes gleichgestellt[2]). Die Zuwendung entbehrt also auch hier des Rechtsgrundes. Weil aber eine Unredlichkeit unterläuft (durch die Leistung von einer oder beiden Parteien ein Unrecht begangen wird), so sind nicht nur der Umfang des Rückforderungsanspruchs[3]), sondern auch die Voraussetzungen theilweise eigenartig bestimmt. § 817.

Der rechtlich mißbilligte Zweck kann in der Vergangenheit oder in der Zukunft liegen[4]). Die Leistung kann also Erfüllung sein, wenn das Gesetz in dem gegebenen Falle keine Erfüllung gelten läßt; oder sie soll den Empfänger zu einem gewissen künftigen Verhalten bestimmen, zu welchem das Gesetz Bestimmung durch Vermögensleistungen verpönt[5]). Die Unredlichkeit des Erwerbs ist also ein Moment, das sich in die Mehrzahl der oben geschilderten Kondiktionsfälle hineinlegen kann, sie eigenthümlich gestaltet und umbildet[6]).

Gleichwohl erleidet der Bereicherungsanspruch hier eine wichtige Einschränkung. Er setzt wie alle Bereicherungsansprüche voraus, daß der vermögensrechtlich auszugleichende Rechtseffekt besteht[7]). Davon kann aber gerade hier wegen des gesetzlichen Verbots resp. der in dem Geschäft liegenden Unsittlichkeit viel seltener die Rede sein[8]). Trifft das Verbot die Zuwendung (nicht blos das Grundgeschäft), so ist sie nichtig[9]). Das Geleistete wird vom Empfänger nicht erworben; es kann also auf Grund der Nichtigkeit zurückverlangt werden, nicht blos wegen der Hinfälligkeit des Zwecks[10]). Die Schwierigkeit liegt

2) Ebenso stellt Art. 1131 Code Nap. kurz und schneidig die causa illicita dem Mangel der causa gleich.

3) Schon im röm. Recht bestimmte sich der Umfang der Haftung nach den Regeln der cond. furtiva (oben § 317 Note 1). Vgl. l. 7 Cod. de cond. ob turp. c. 4, 7. S. jetzt unten Ziff. II.

4) Vgl. o. §§ 318, 319. Irrig beschränkte man ihn früher vielfach auf die Zukunft. Dagegen schon Motive Bd. 2 S. 849. Ein verwerflicher Geschäftszweck ist also z. B. auch die Bezahlung von Diensten, die man sich nicht bezahlen lassen darf.

5) Dies ist insbesondere der Fall der condictio ob turpem causam. — Die röm. Unterscheidung dieser und der cond. ob injustam causam ist heute zwecklos.

6) Z. B. die nach Verjährung der Schadensersatzklage gemäß § 852 Abs. 2 übrig bleibende condictio kann einen unredlichen Empfang betreffen.

7) S. o. § 316 Ziff. 1, § 317 Note 5.

8) Verbotene resp. unsittliche Geschäfte sind nach §§ 134, 138 BGB. nichtig. S. o. Bd. I § 85.

9) Vgl. über diese Unterscheidung Bd. I § 80 zu Note 9 ff.

10) Es findet die Vindikation, nicht blos die Kondiktion statt. Wegen der Ersatzfrage für Fehlendes, sodann auch wegen Ausschluß der Kondiktion bei eigener Unredlichkeit des Zurückfordernden (s. u. Ziff. 2) ist dies sehr wichtig. Wer sich auf die Nichtigkeit der Zuwendung und folgeweise auf sein Eigenthum berufen kann, kommt nicht in die Lage, sich auf die eigene Unredlichkeit beziehen zu müssen.

in Beantwortung der Frage, wann das Zuwendungsgeschäft nichtig ist Dies ist nicht allgemein der Fall, wenn etwas auf gesetzwidriger oder unsittlicher Grundlage gewährt wurde. Die Kondiktion hätte sonst gar keinen Spielraum mehr: sie würde sich auf die wenigen Fälle beschränken, da das Gewährte vom Empfänger verbraucht worden ist[11]). Man kann nicht annehmen, daß dieserhalb die detaillirte Vorschrift des § 817 in das Gesetz eingestellt ist[12]). Anderseits läßt sich auch nicht soweit gehen, jedes abstrakte Geschäft für gültig zu erklären, trotzdem der konkrete Rechtsgrund ein gesetzwidriger oder unsittlicher war[13]). Dies hieße der Gesetzesumgehung Thür und Thor öffnen. Jede verwerfliche Abmachung brauchte nur in ein abstraktes Geschäft eingekleidet zu werden, um der Nichtigkeit (§§ 134, 138 BGB.) zu entgehen. Dies kann ebensowenig gewollt sein[14]). So liegt das Richtige in der Mitte. Eine Gesetzesumgehung[15]) kann nur in Frage kommen bei denjenigen Geschäften, bei welchen die Loslösung der Zuwendung von der causa ausschließlich auf der Privatwillkür beruht; nicht da, wo das Gesetz die Zuwendung nur als abstraktes Geschäft zuläßt oder als regelmäßig abstrakt kennt. Dies ist der Fall bei sachenrechtlichen Uebereignungen[16]). Mängel des Zweckgeschäfts (auch dessen Unsittlichkeit ꝛc.) beschränken sich hier auf seinen Inhalt[17]): die Uebereignung ist gültig, wenn auch aus verwerflichem Grunde erfolgt[18]). Dagegen

11) So in der That Dernburg § 379; Klingmüller S. 84ff. — der Wissenschaft fehlt bisher ein einheitliches Prinzip. Die nachfolgende Lösung scheint die einzig mögliche.

12) Zweifellos war dies auch nicht die Absicht der Redaktoren. S. Motive Bd. 2 S. 849ff. und das weitere Material aus den Vorarbeiten bei Planck § 817 Note 1.

13) Dies ist die Ansicht der Mehrzahl der Schriftsteller, wenn sie auch einzelne Fälle ausnehmen (in denen die Zuwendung selbst unsittlich oder rechtswidrig sei). Abgesehen davon trifft bei ihnen die Nichtigkeit nur das Grundgeschäft (die causa). So. z. B. Collatz in Ihering's Jahrb. Bd. 40 S. 141, Oertmann § 817 Note 3 u. Juristenzeitung 1902 S. 105; Enneccerus § 355.

14) S. schon oben § 306 Ziff. 2 bes. Note 14.

15) Die auch nach allgemeinen Grundsätzen der in fraudem legis getroffenen Abmachung keine größere Kraft verleihen kann, als ihr an sich zukommen würde. S. o. Bd. I § 13 Note 27.

16) Die Auflassung ist nothwendig abstrakt, die Uebereignung von Mobilien ist es regelmäßig.

17) S. o. Bd. I § 75 zu Note 10, § 80 Note 11ff. Das Gesetz gebraucht für den dinglichen Uebereignungsvertrag den kennzeichnenden Ausdruck: Einigung. S. §§ 873, 925, 929 BGB. Der Konsens bei der „Einigung" beschränkt sich nach dem System des Gesetzes auf den dinglichen Rechtsübergang. Das Zweckgeschäft (die causa) umfaßt sie nicht.

18) Fall der condictio des § 817! — So wird allein auch die vernünftige Rechtssymmetrie hergestellt. Denn ist es nicht unleidlich, den Fall anders zu behandeln, wenn der gedungene Mörder zum Lohn Geld erhält, oder wenn ihm andere Sachen übergeben werden? Da der Geber hier selbst in turpitudo ist,

ist die aus einem solchen Grunde übernommene schuldrechtliche Verpflichtung nichtig, auch wenn sie abstrakt gefaßt ist, weil diese Fassung nur von der Privatwillkür abhängt und keinesfalls der regelmäßige Weg der Verpflichtung ist. Dies gilt auch von einem Schuldanerkenntniß, das aus verwerflichem Grunde abgegeben ist[19]), von der Ausstellung von Werthpapieren, ja selbst vom Wechsel, trotzdem hier die Verpflichtung nothwendig abstrakt ist[20]), da es nur von der Parteiwillkür abhängt, die Verpflichtung in Wechselform zu übernehmen[21]). Anderseits ist bei den zur Cirkulation bestimmten Papieren, insbesondere der Anweisung, den Inhaber- und Orderpapieren zu beachten, daß Einwendungen gegen die Gültigkeit der Verpflichtung lediglich insoweit zulässig sind, als sie sich aus dem Inhalt des Papiers ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Fordernden zustehen[22]). Es kann also das ungültig ausgegebene Papier in den Händen eines gutgläubigen Dritten Kraft gewinnen; und der verwerfliche Grund der Ausgabe oder einer weiteren Begebung des Papiers wirkt dann nur im Rahmen einer condictio zwischen denjenigen Betheiligten, unter denen er vorliegt[23]), z. B. im Deckungs- oder Valutaverhältniß. —

Behauptet sich aus irgend einem derartigen Grunde die Zuwendung, so findet wegen der Verwerflichkeit des Leistungszwecks die Ausgleichung nach folgenden Gesichtspunkten statt.

---

könnte im ersten Fall das ins Vermögen des Mörders übergegangene Geld nicht kondizirt, wohl aber die anderen Naturalien vindizirt werden. So in der That Dernburg arg. § 817 Satz 2 BGB. Nach unserer Konstruktion findet keinesfalls Rückforderung statt.

19) S. schon oben § 306, insbes. auch die das. Note 12 erwähnten röm. Quellenstellen u. die Entscheidungen Note 13.

20) S. Bd. I § 75 vor Note 10.

21) Der Mörder im obigen Beispiel kann also in allen diesen Fällen den versprochenen Lohn nicht fordern; es ist nicht blos der Schuldschein oder das Werthpapier, das er in Händen hat, ex turpi causa kondizirbar!

22) S. §§ 784, 796 BGB., Art. 82 WO., § 364 Abs. 2 HGB. — S. o. §§ 308, 310 Note 27 ff., 311 Ziff. 1 und 3, 314 Ziff. 4 und 6.

23) Man denke sich: Der Theaterdirektor oder Vorstand eines Transportunternehmens gibt ein Theaterbillet oder eine Inhaberfahrkarte als Freibillet an seine Konkubine. Oder an einen Beamten als unerlaubte Belohnung für die Vornahme einer Amtshandlung. Der Empfänger verkauft das Papier an einen gutgläubigen Dritten. Der Unternehmer kann letzterem nach § 796 BGB. nicht die Leistung verweigern. Die Unsittlichkeit ꝛc. wirkt nur zwischen den beiden daran Betheiligten nach den Grundsätzen der condictio. — Aehnlich wenn das Papier aus ehrbarem Grunde ausgegeben aber aus unsittlichem weitergegeben wird (auch hier wirkt die Unsittlichkeit nur unter den Parteien; der Aussteller kann sich jedenfalls gegenüber einem gutgläubigen Erwerber nicht darauf berufen). — Alles dies gilt auch entsprechend bei Orderpapieren (bes. beim Wechsel) und Anweisungen (oben § 308). — Wegen des guten Glaubens s. o. § 310 Note 28, § 314 Note 75.

1. Voraussetzung der Rückgabepflicht ist, daß der Empfänger der Leistung durch die Annahme gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen hat[24]). Darin liegt

a) das Verhalten, wofür empfangen wurde, kann für sich betrachtet ganz unverfänglich, ja ein gebotenes sein[25]). Erst dadurch, daß der Empfänger es sich vergüten, oder durch eine Vermögenszuwendung dazu bestimmen läßt, liegt ein Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitte vor[26]).

b) Von einem Verstoß gegen Gesetz und gute Sitte durch den Empfang kann nur die Rede sein, wenn dabei der Zweck der Leistung und dessen Verwerflichkeit dem Empfänger erkennbar war[27]).

2. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn der Leistende gleichfalls, also durch die Hingabe, gegen Gesetz oder gute Sitte verstoßen hat[28]). § 817 Satz 2. Der Sachlage entspricht hier die Aufrechthaltung des bestehenden Zustands. War blos etwas versprochen, so kann das Versprechen kondizirt werden (z. B. ein Wechsel), sodaß materiell nichts zu leisten ist[29]). War das Versprechen aber schon erfüllt, so findet wiederum keine Rückforderung statt[30]).

II. Soweit Rückforderung zulässig ist, geht sie auch hier auf Herausgabe des Erlangten[31]). Doch bewirkt die Unredlichkeit des Empfangs eine Kenntniß oder ein Kennenmüssen der Herausgabepflicht vom Eintritt der Bereicherung an, was die Haftung des Verpflichteten eigenthümlich verschärft. S. u. § 323.

III. Was den Beweis angeht, so hat der Rückfordernde seine Leistung und deren Zweck darzuthun, also daß derselbe gegen das Ge-

---

24) Verstöße gegen das Gesetz liegen z. B. vor beim verbotenen Zinsennehmen, Wucher, Bestechung, Erpressung u. s. w., soweit die Fälle nicht als Delikt zur Leistung vollen Schadensersatzes verpflichten. — Ueber gute Sitten s. schon Bd. I § 18 Note 9, § 85 Ziff. 1.

25) Z. B. eine Amtshandlung.

26) Entsprechend dem oben Bd. I § 85 Ziff. 1 bes. lit. a und c Gesagten.

27) Z. B. wenn er nicht guten Grund hatte zu glauben, daß es sich um einen erlaubten Freundschaftsbeweis des Gebers handle.

28) Konform dem röm. Grundsatz: nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans. Oder: in pari turpitudine melior est possidentis condicio. Vgl. l. 1 § 2, l. 2, 3 Dig. de cond. ob turp. c. 12, 5.

29) Selbstverständlich kann auch die Erfüllung des Versprechens verweigert werden. — § 812 BGB. nennt das Versprechen (als Zuwendung im Sinne der Kondiktionenlehre) eine Leistung. In Verfolg dieser Terminologie heißt es dann in § 817, daß diese Leistung auch in pari turpitudine zurückgefordert werden könne. Die Fassung, nicht der Gedanke ist verkünstelt.

30) Der Leistungsgegenstand bleibt nach dem Satze: melior est possidentis condicio (s. o. Note 28) wo er sich befindet.

31) S. o. § 317 Ziff. 2.

setz oder die guten Sitten verstößt[32]). Dem Gegner liegt der Nachweis ob, daß der Leistende gleichfalls gegen das Verbot verstoßen habe[33]). War einfach eine Leistung *versprochen*, so kann der Gläubiger ohne Nachweis eines erlaubten Schuldgrundes nicht fordern. War ein abstraktes Schuldversprechen ertheilt, so muß umgekehrt der Schuldner sich auf den verwerflichen Geschäftszweck berufen, wenn er den Akt rückgängig machen oder dem Gläubiger die Leistung verweigern will[34]), wogegen im Deckungs- und Valutaverhältniß jeder Anspruch wieder durch Geltendmachung eines gesetzlich anerkannten Rechtsgrundes zu substanziiren ist.

C. Vollzug der Ausgleichung.

§ 323.

I. Die Ausgleichung findet zwischen demjenigen statt, auf dessen Kosten die ungerechtfertigte Bereicherung erlangt ist, und dem Bereicherten. Die betreffenden Personen sind in den einzelnen Fällen schon bezeichnet[1]).

1. Ausgleichungsberechtigt ist also der *materiell Benachtheiligte*, auch wenn er *durch einen Anderen geleistet hat*, z. B. durch einen Beauftragten oder bei der Anweisung durch den Angewiesenen. Letztere Personen leisten zwar im eigenen Namen[2]), haben aber ein Rückgriffsrecht wider den Auftraggeber resp. Anweisenden[3]), sodaß die Bereicherung schließlich auf seine Kosten geht[4]).

2. Ausgleichungspflichtig ist der *Bereicherte*, bezw. seine Erben, gleichgültig ob er persönlich empfing oder *durch einen Anderen*

---

32) Doch ist *letzteres* in der Hauptsache ein Gegenstand der freien richterlichen Beurtheilung.

33) Dies bringt schon die Fassung des § 817 zum Ausdruck.

34) S. o. § 306 Note 15. Dabei ist zu beachten (s. o.), daß der Fall oft wegen Ungültigkeit der Verpflichtung nicht hierhergehört, — oft der betreffende Nachweis ausgeschlossen ist, weil er dem Fordernden (als ihn nicht persönlich berührend) nicht entgegengesetzt werden kann. S. o. Note 23.

1) So besonders in den verschieden gestalteten Fällen des § 321 oben. S. auch § 322 Noten 23, 34.

2) Die juristische Terminologie ist hier oft nicht klar.

3) Ebenso bei nützlicher oder genehmigter *Geschäftsführung ohne Auftrag*. §§ 683 ff. BGB. Auch hier ist also (z. B. bei Tilgung einer vermeintlichen Schuld) der Geschäftsherr der materiell Benachtheiligte. Anders im Falle § 684, wenn der Geschäftsherr dem Geschäftsführer nur auf seine eventuelle Bereicherung haftet. Eine solche liegt im obigen Beispiel nicht vor, also ist der *Geschäftsführer* zur cond. indebiti berechtigt.

4) Anders nur möglicherweise, wenn auch in diesen internen Verhältnissen eine ungerechtfertigte Bereicherung obwaltete (was aber bei Schenkung des Betrags natürlich nicht der Fall ist).

z. B. einen Beauftragten oder eine sonstige Person, die ihm den Vortheil ohne besondere Vergütung erstattete[5]). Liegt Schenkung vor, so ist schon hervorgehoben, daß der unentgeltliche Empfänger des Vermögensvortheils nicht nur als erster, sondern auch als weiterer Erwerber insoweit ausgleichungspflichtig ist, als die Verpflichtung des ursprünglichen Bereicherten mit der Bereicherung hinwegfiel[6]). § 822 BGB.[7]).

II. Die Ausgleichung ist ein persönlicher Anspruch wider den Bereicherten — ein gesetzliches Forderungsrecht. Dasselbe geht auf die Bereicherung[8]), also auf einen seiner Natur nach schwankenden und wechselnden Gegenstand[9]). Der Gegenstand fixirt sich normalerweise erst mit Prozeßbeginn, also mit der Rechtshängigkeit des Anspruchs[10]). Dies ist der kritische Zeitpunkt für die Frage, ob der Empfänger noch bereichert sei (also überhaupt auf den Anspruch noch hafte). Was er in diesem Augenblick von der Bereicherung noch hat, hat er herauszugeben; er haftet von da ab für dessen Erhaltung und gehörige Behandlung, weil er sich sagen muß, daß er möglicherweise zu seiner Herausgabe verurtheilt werden kann. Somit haftet von da ab der Beklagte für jedes Verschulden, hat also eventuell die entstandenen Lücken wieder auszufüllen[11]). § 818 Abs. 4 BGB.[12]).

Dieselbe Fixirung des Anspruchs muß dann auch eintreten, sobald der Bereicherte in anderer Weise den Mangel des Rechtsgrundes erfährt. Denn auch in diesem Fall kennt der Bereicherte seine Herausgabepflicht[13]). Wer aber weiß, daß der empfangene Gegenstand ihm nicht gebührt und daß er ihn auf Verlangen

5) Vgl. auch den Fall § 321 Note 31 ff.
6) Inwieweit dies der Fall ist, s. u. Ziff. II.
7) S. o. § 317 Ziff. 3b. — Ueber den Fall des § 816 Abs. 1 BGB. siehe § 321 Ziff. I u. III i. f.
8) S. o. § 317 Ziff. 2.
9) Reichthum kann über Nacht schwinden. Niemand ist verpflichtet, sein Vermögen in unverändertem und gutem Zustand zu erhalten (s. Bd. I § 111 Note 2). — Die §§ 812 u. 818 BGB. bestimmen zwar so genau wie möglich, was der Verpflichtete herauszugeben habe, aber in § 818 Abs. 3 heißt es doch wieder: die Verpflichtung .... ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist! Daraus ergibt sich der Text.
10) S. o. Bd. I § 129, bes. auch Ziff. 2b.
11) S. § 129 zu Note 18 ff. — Im Uebrigen bestehen die oben § 160 hervorgehobenen Pflichten.
12) Ja als unredlicher Besitzer haftet er sogar für Zufall (s. §§ 284, 287 BGB.). Dies wird für die folgenden (gleichgestellten) Fälle der condictio ob turpem causam (oben § 322) und Annahme in Kenntniß mangelnder Verpflichtung wichtig.
13) Wenn auch der Gegner noch nicht geklagt hat.

zurückzugeben hat, der hat ihn auch entsprechend zu erhalten und zu hüten. Das Gesetz stellt einen solchen Empfänger dem Besitzer gleich, gegen den der Herausgabeanspruch schon rechtshängig gemacht ist[14]). §§ 819, 820. Doch besteht zwischen den einschlägigen Fällen eine Verschiedenheit insofern, als *nachträgliche Kenntniß* des mangelnden Grundes der Zuwendung nicht so schwer wiegt, wie *wissentlich unberechtigte Annahme*. Im letzteren Fall ist der Empfänger *unredlich*, im ersteren nicht. Dies hat praktische Folgen. Wer vom Gesetze so behandelt wird, wie wenn seine Verpflichtung schon rechtshängig (eingeklagt) wäre, der befindet sich, *wenn er unredlich ist, im Verzuge*[15]). Er haftet also hinsichtlich des herauszugebenden Gegenstandes für *Zufall* (§ 287 BGB.); der *redliche* Empfänger haftet auch nach Prozeßbeginn nur für *Verschulden*. Danach ergeben sich folgende Variationen der sog. „strengeren" Verpflichtung[16]) aus ungerechtfertigter Bereicherung.

a) *Kannte der Empfänger den Mangel des Rechtsgrundes bei seinem Empfang*, z. B. nahm er wissentlich als Nichtgläubiger eine Zahlung an[17]), so liegt hierin eine *Unredlichkeit*, die den Empfänger nicht blos für jedes Verschulden hinsichtlich der Erhaltung des Empfangenen[18]), sondern sogar für Zufall verantwortlich macht[19]).

b) *Erfuhr der Empfänger dagegen den Mangel des Rechtsgrundes erst später*[20]), z. B. empfing er gutgläubig Zahlung, während sich später herausstellt, daß er nichts zu fordern hatte[21]), so ist er nicht unredlich. Er haftet daher zwar nach Erlangung der Kenntniß in der strengeren Weise[22]), aber nicht für Zufall[23]). Vgl. § 819 Abs. 1.

---

14) Dadurch wird die Behandlung an den vorhergehenden Fall angeschlossen. Doch ergeben sich im Einzelnen mancherlei Schwierigkeiten.

15) Da nach § 284 BGB. die Klaganstellung der Mahnung gleichsteht und Verschulden vorliegt. S. o. § 161 über die Voraussetzungen des Verzugs, bes. am Ende.

16) Insofern der Schuldner hier *nicht* mehr einfach (nach § 818 Abs. 3) durch Wegfall der Bereicherung *befreit* wird. S. o. Note 9.

17) Fahrlässige Unkenntniß genügt nicht.

18) Bezw. zur Erstattung der Nutzungen. Von dem Umfang der strengeren Haftung im Allgemeinen wird unten Ziff. 2 die Rede sein.

19) Nach näherer Anleitung des §. 287 BGB. (s. o. § 162 Ziff. 3). Auch in Anwendung auf diesen Fall pflegte man schon früher zu sagen: fur semper moram facere videtur. S. auch die Stellen oben § 161 Note 38 des älteren Rechts.

20) Es genügt nicht, daß er den Mangel des Rechtsgrundes von einem gewissen Zeitpunkt ab hätte erkennen können, wenn er ihn nicht wirklich erkannt hat. Er braucht sich um erledigte Dinge nicht weiter zu kümmern.

21) Ebenso stets bei der condictio ex causa finita (s. o. § 320).

22) Die Schuld ist mit der Kenntniß fixirt. S. u. Ziff. 2.

c) Aehnlich verhält es sich mit demjenigen, der mit Rücksicht auf einen in der Zukunft liegenden Erfolg[24]) empfing, dessen Eintritt nach Inhalt des Geschäfts als ungewiß angesehen wurde[25]); und ebenso mit demjenigen, der zu einem Zwecke empfing, dessen Wegfall nach Inhalt des Geschäfts als möglich in's Auge gefaßt wurde[26]). § 820. In diesen Fällen kennt der Empfänger seine eventuelle Rückgabepflicht (wenn der Zweck der Leistung sich nicht, wie beabsichtigt, verwirklicht). Er haftet daher in der strengeren Weise schon vom Empfang[27]). Aber er ist nicht unredlich. Daher haftet er nicht für Zufall.

d) Umgekehrt ist zweifellos unredlicher Empfänger, wer durch die Annahme der Leistung gegen Gesetz oder gute Sitte verstieß (verwerflicher Empfang). § 819 Abs. 2[28]). Der Schuldner haftet daher hier schon vom Empfange der Leistung ab verschärft und auch für Zufall[29]). —

Mit dieser Maßgabe läßt sich der Inhalt der Ausgleichungspflicht einheitlich bestimmen[30]). Wir unterscheiden die gewöhnliche und verschärfte Ausgleichungspflicht[31]).

1. Der gewöhnliche Gegenstand des Rückforderungsanspruchs ist die zur Zeit der Klaganstellung noch vorhandene Bereicherung des Empfängers. Zu dieser gehört

a) Das auf Kosten des Anderen Erlangte in natura, soweit es sich noch in den Händen des Empfängers befindet. Der Besitz ist zurückzugeben, die erworbenen Rechte sind zurückzuübertragen[32]), oder der bisherige Zustand durch Verzicht auf das Recht wiederherzustellen[33]).

---

23) Er geräth durch die nachträgliche Kenntniß allein nicht in Verzug, wenn er auch wie ein verklagter Schuldner haftet. § 287 BGB. ist nicht anwendbar.

24) Zu dem die Leistung dienen sollte. Fall der condictio ob causam (s. o. § 319).

25) Z. B. es ist ein Beitrag zu einer Unternehmung geleistet, von der nicht sicher ist, ob sie zu Stande kommt. — Auch hier kommt es übrigens nicht auf einseitige subjektive Voraussetzungen des Gebers, sondern auf einen wirklichen Vertragszweck an. Der „Inhalt des Rechtsgeschäfts" ist maßgebend.

26) Z. B. es ist eine Arrha gegeben, während sich gleichzeitig der eine Theil noch den Abgang vom Geschäft vorbehielt.

27) Uebrigens mit einigen Einschränkungen. S. § 820 Abs. 2. u. unten Ziff. 2.

28) Fall der condictio ob turpem vel iniustam causam. S. o. § 322.

29) Im Uebrigen versteht sich von selbst, daß wenn der Empfänger sich durch die Annahme einer unerlaubten Handlung (unten §§ 324 ff.) schuldig macht, die Grundsätze der vollen Deliktshaftung Anwendung finden.

30) Für alle Kondiktionsfälle. Die röm. Zersplitterung der Lehre ist überwunden.

31) S. u. Ziff. 1 u. 2.

32) Durch Auflassung, Uebergabe, Rückcession (§§ 398, 413, 925, 929 ff. BGB.).

b) Weiterhin hat der Empfänger die gezogenen und noch vorhandenen Nutzungen des Erlangten[34]), also Früchte, Zinsen und sonstige Gebrauchsvortheile, Zuwachs von Sachen u. dgl., mitherauszugeben[35]). Ferner

c) die Surrogate des Erlangten, soweit letzteres nicht mehr vorhanden ist[36]): insbesondere was der Empfänger auf Grund des erlangten Rechts[37]) oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes[38]) erworben hat[39]). § 818 Abs. 1.

d) Ist der Empfänger zur Herausgabe des Erlangten[40]) außer Stande[41]), z. B. weil es verbraucht, verzehrt, veräußert oder als wesentlicher Bestandtheil mit anderen Sachen des Empfängers verbunden wurde[42]), — oder ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten unmöglich[43]), so hat der Empfänger den Werth zu ersetzen. § 818 Abs. 2. Dieser Werth ist der gewöhnliche Verkaufs- oder Verkehrswerth der betreffenden Objekte[44]) nach Maßgabe des Zeitpunkts, da dieselben vom Bereicherten erlangt sind[45]). Jedoch kann sich

33) Z. B. durch Erlaß der begründeten Forderung, Verzicht auf bestellte unübertragbare dingliche Rechte ꝛc. Detail bei Stieve S. 52 ff.

34) S. § 100 BGB. u. oben Bd. I § 69 i. f. Wegen der eventuellen Herausgabe des Werthes, wenn sie nicht mehr vorhanden sind, s. u. lit. d. — Für nicht gezogene Nutzungen ist kein Ersatz zu leisten.

35) Ueber die Frage, was dazu gehört, s. o. § 144 Ziff. II Note 7 ff. — Also nicht das sog. lucrum occasione rei perceptum (s. das. Note 11), z. B. was durch Börsenspekulation mit dem empfangenen Gelde verdient wurde.

36) S. darüber im Allgemeinen oben § 144 Ziff. II Note 4.

37) Z. B. durch Einziehung der erlangten Forderung. Dagegen ist nicht Surrogat, was durch Veräußerung der sonstigen erlangten Gegenstände erworben wurde. So mit Recht Dernburg § 381 Note 3 und Planck § 818 Note 2 b. A. M. Stieve S. 77 ff. Enneccerus § 356, Oertmann § 818 Note 2 c. Dagegen spricht das oben § 144 Note 4 Gesagte, wie die Anordnung des Gesetzes. Für die veräußerten Gegenstände ist nach Abs. 2 d. Ges. der Werth zu entrichten (s. u. lit. d).

38) S. § 144 Note 4, § 281 Note 100. Z. B. von einem Dieb, dem Urheber einer Sachbeschädigung mit Beziehung auf das erlangte Gut, die Versicherungssumme, Enteignungssumme ꝛc.

39) Besteht nur eine Ersatzforderung, so ist dieselbe abzutreten.

40) Oder der nach lit. b herauszugebenden gezogenen Nutzungen.

41) Scil. ohne daß sich ein Surrogat (lit. c) in seinem Vermögen befindet. — Der Grund des Unvermögens ist gleichgültig.

42) §§ 946—951 BGB. kommen in Betracht.

43) Wie bei empfangenen Dienstleistungen.

44) Resp. der Dienste und Gebrauchsvortheile (oben lit. b). — Zu ersetzen ist die sog. vera aestimatio, nicht das Interesse des Fordernden. S. o. § 151 Note 19.

45) Und zwar bei beweglichen Sachen regelmäßig der Eigenthumswerth. — Der Besitzwerth nur dann, wenn der Schuldner darthun kann, daß der Fordernde nicht Eigenthümer war (arg. § 1006 BGB.), oder wenn von vornherein nur eine condictio possessionis in Frage steht. S. dazu Stieve S. 67.

der Beklagte durch den Nachweis befreien, daß der Werth nicht in sein Vermögen gekommen ist[46]). Anderseits liegt ein genügender Gegenwerth schon in der Ersparung von Ausgaben[47]). Dagegen hat der Beklagte nicht an Stelle verbrauchter oder veräußerter vertretbarer Sachen ebensoviel in Sachen gleicher Art, Güte und Menge herzugeben[48]); ja nicht einmal Geld im gleichen Betrage, wenn er darthun kann, daß er bei der Verwendung nicht ebensoviel vom eigenen erspart hat[49]).

e) Aufwendungen des Empfängers auf die herauszugebenden Gegenstände, Nutzungen[50]), Surrogate ꝛc. mindern die Bereicherung und sind daher abzugsfähig (§ 818 Abs. 3), gleichgültig ob sie nothwendig, nützlich oder bloße Luxusaufwendungen waren[51]). Ist der Abzug vergessen, so hat der Zurückgebende seinerseits die condictio indebiti. — Aehnlich ist der Fall zu behandeln, wenn durch eine herauszugebende Sache das Vermögen des Empfängers in einer Weise beschädigt ist, für die der Zurückfordernde einzustehen hat[52]).

2. Die Verschärfung der Ausgleichungspflicht durch Rechtshängigkeit des Ausgleichungsanspruchs oder was ihr gleichsteht[53]) besteht in der Fixirung des Geschuldeten. Der Anspruch, wie er im kritischen Zeitpunkt feststeht[54]), wird nunmehr durch willkürliches

46) Ganz oder zum Theil. Dann ist er insoweit nach § 818 Abs. 3 befreit. — So vor Allem wenn der Beklagte die Gegenstände verschenkt hat. Doch haftet hier eventuell der Beschenkte (s. o. Ziff. I i. f. u. Cit.).

47) Nach Maßgabe des oben § 317 Note 25 ff. Gesagten.

48) Wie nach älterem Rechte vielfach angenommen wurde.

49) Z. B. er hat aus der unvermutheterweise zugeflossenen Bereicherung über seine gewöhnlichen Verhältnisse gelebt (eine Vergnügungsreise gemacht ꝛc.). — Manche behaupten, für den Beklagten genüge der Nachweis, daß er das Geld unproduktiv (zu Reisen, Geschenken, Spiel) verwendet habe, wogegen dem Kläger der Gegenbeweis obliege, daß der Empfänger die unproduktiven Ausgaben auch aus eigenen Mitteln gemacht hätte. In Wahrheit wird dies Sache der freien richterlichen Beurtheilung sein. Nach der Gegenansicht würde der Kläger meistens beweisfällig. Denn welcher Beklagte hat nicht seit dem Empfang schon einmal eine Reise gemacht, gespielt oder geschenkt!? S. auch Prot. Bd. 2 S. 707 i. f.

50) Impensen auf die Sache und auf die Früchte stehen hier gleich.

51) S. hierüber im Allgemeinen oben § 151 Ziff. III bes. Note 105. — Wegen des Abzugs gegenüber in natura herauszugebenden Gegenständen s. Stieve S. 30 ff. Hier wird Zug um Zug zu leisten sein. Der Bereicherte hat dieserhalb sein gewöhnliches Zurückbehaltungsrecht. § 273 Abs. 2 BGB.

52) Z. B. er leistete ihm auf eine vermeintliche Verpflichtung hin ein krankes Pferd, welches die Thiere des Empfängers angesteckt hat. Dann fordert er das geleistete Pferd als indebitum zurück. Der Schaden, den dasselbe dem Viehstand des Beklagten verursacht hat, mindert die Bereicherung des Empfängers.

53) S. o. Noten 10—29.

54) Unter Berücksichtigung der etwaigen Abzüge durch etwa schon vorher gemachte Verwendungen oder sonstigen Wegfall der Bereicherung.

Verhalten des Empfängers nicht mehr beeinflußt[55]). § 818 Abs. 4. Demgemäß wird der Empfänger von diesem Augenblicke an durch Wegfall der Bereicherung, Untergang, Verschlechterung der zurückzugebenden Gegenstände 2c. nicht mehr befreit. Sondern nur dann, wenn diese Umstände ohne sein Verschulden eingetreten sind (§ 275), — bei Unredlichkeit des Empfangs sogar nicht einmal durch Zufall (§ 287)[56]). Es ist dann entsprechend Schadensersatz zu leisten[57]). Dasselbe gilt für versäumte Nutzungen der Restitutionsobjekte[58]). Verwendungen auf dieselben sind nur noch beschränkt abzugsfähig[59]). Geldleistungen sind von dem kritischen Zeitpunkt zu verzinsen. S. §§ 291, 292 (987 ff., 994 ff.) BGB. Nur wenn der Eintritt des Leistungszwecks nach Inhalt des Rechtsgeschäfts von vornherein als ungewiß, oder der Wegfall als möglich angesehen wurde[60]), werden Zinsen erst von der Zeit ab geschuldet, da der Empfänger die Vereitelung des Rechtsgrundes erfährt; und Nutzungen hat er nur zu erstatten, soweit er in diesem Augenblicke bereichert ist[61]). § 820 Abs. 2.

Soweit der Empfänger hiernach bei Veräußerung der Restitutionsobjekte auf Ersatz haftet, tritt eine Verpflichtung des unentgeltlichen Drittempfängers nach § 822 nicht ein[62]).

3. Was den Beweis angeht, so hat der Empfänger darzuthun, daß die Bereicherung nicht mehr, oder nur noch in einem angegebenen Umfang bestehe[63]), einschließlich der besonderen die Bereicherung mindernden Umstände[64]). Sache des Rückfordernden ist es, demgegenüber zu begründen, daß der Empfänger verschärft hafte[65]).

III. Der Rückforderungsanspruch kann selbstverständlich auch im Wege der Einwendung in einem anderen (vom Empfänger gegen

---

55) Derselbe haftet jetzt auf custodia des Erlangten. S. o. § 160 Note 3 ff. insbes. Note 10.

56) S. die Fälle oben bei Noten 17 ff., 28.

57) S. dazu noch oben § 160 Note 8 u. Cit.

58) Im Gegensatz zu oben Note 34.

59) S. o. § 160 Note 15.

60) Fall des § 820 BGB. (s. o. zu Note 25 ff.).

61) Die strengere Haftung tritt also in diesem Fall nur hinsichtlich des herauszugebenden Kapitals ein. Dies entspricht der Verkehrssitte (wie bei Bedingungen). Wer eine Schwebezeit will, will regelmäßig, daß die Nutzungen der Schwebezeit beim Zwischenempfänger verbleiben.

62) S. dazu übrigens oben § 321 zu Note 14 ff., bes. Note 19.

63) Doch hat der Kläger zu beweisen, wenn er gezogene Nutzungen behauptet. S. o. Note 34 u. Stieve S. 99. — Vgl. ferner Note 49.

64) Verwendungen, Schadenszufügung durch die Restitutionsobjekte 2c.

65) Ziff. 2 oben. Z. B. weil der mit der Leistung bezweckte Erfolg nach Inhalt des Rechtsgeschäfts als ungewiß angesehen wurde, oder weil der Em-

den Berechtigten eingeleiteten) Prozesse geltend gemacht werden. Das ändert seine Natur nicht[66]). Wird er zur Aufrechnung vorgeschützt[67]), so ist als kritischer Zeitpunkt für Fixirung der Bereicherung der Augenblick anzusehen, da die Aufrechnungserklärung dem Gegner zugeht[68]).

Bestand die Bereicherung in einer dem Empfänger gegenüber eingegangenen Verbindlichkeit (z. B. in einem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntniß), so wird neben dem Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit[69]) eine selbständige Einrede gegen die letztere gewährt[70]), wonach der Verpflichtete die Erfüllung der Verbindlichkeit selbst dann noch verweigern kann, wenn der Anspruch auf Befreiung verjährt ist[71]). § 821 BGB.

III. Unerlaubte Handlungen*.

A. Begriff und Bedeutung.

§ 324.

Die unerlaubte Handlung erzeugt ein selbständiges Schuldverhältniß nur, wenn sie ist Verletzung allgemeiner zwischen allen Personen bestehender Rechtsanforderungen: unberechtigter Eingriff in die fremde Rechtssphäre[1]). Wird eine nähere, zwischen bestimmten Personen bestehende Rechtsbeziehung (ein Schuldverhältniß, Anspruch oder sonstiges relatives Recht) durch den Verpflichteten verletzt, so entsteht daraus nur eine Umbildung jenes Verhältnisses[2]).

---

pfänger der Zahlung das Nichtbestehen der Schuld kannte, der Empfang ein verwerflicher war ꝛc.

66) S. hierzu auch oben § 318 Note 38.

67) Vgl. Motive Bd. 2 S. 838.

68) Arg. § 388 BGB. Bei gerichtlicher Aufrechnung s. o. § 194 Noten 6, 12 ff.

69) Also dem Anspruch auf Erlaß oder sonstige Schuldbefreiung (s. o. Note 33).

70) Vgl. über derartige selbständige Einreden neben Ansprüchen schon oben Bd. I § 36 Ziff. 2.

71) Also selbst nach 30 Jahren. Die Einrede ist unverjährbar (s. Bd. I § 114 Note 9). — Hat der Einredeberechtigte schon eine Gegenleistung empfangen, so muß er diese bei Geltendmachung der Einrede auf Verlangen des Gegners zurückgeben.

*) Vgl. Jung, Delikt und Schadensverursachung (1897); Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (1898); v. Liszt, Die Deliktsobligationen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1898). — Dernburg §§ 382 ff.; Schollmeyer §§ 14—15; Endemann I §§ 199 ff.; Cosack §§ 163 ff.; Mathiaß I §§ 142 ff.; Enneccerus I §§ 358 ff. Auch Kipp zu Windscheid, Pand. Bd. 2 S. 886 ff. Sonst ist die ältere Litteratur kaum mehr verwendbar. — Ergänzend treten die Bd. I §§ 107 ff. cit. Schriften hinzu.

1) Es ist eine allgemeine, zwischen allen Personen bestehende Rechtspflicht, daß Niemand willkürlich in den Rechtskreis des Anderen eingreifen darf. S. o. Bd. I § 107 Ziff. 1b sowie hier § 316 bes. Ziff. 2.

1. Nicht also von den unerlaubten Handlungen überhaupt[3]), sondern vom sog. absoluten Unrecht ist hier die Rede[4]). Der Eingriff in die fremde Rechtsordnung bedarf der Reparatur: diese wird durch ein Schuldverhältniß vermittelt. Letzteres geht grundsätzlich nicht blos auf Herausgabe dessen, was der Verletzer aus dem Eingriff lukrirt hat[5]), sondern auf Ersatz der ganzen Beschädigung des Verletzten[6]).

2. Diesen Anspruch auf Schadensersatz hat der Verletzte[7]) beim Vorliegen der Voraussetzungen des gesetzlichen Thatbestandes[8]) wider den verantwortlichen Urheber der Beschädigung; eventuell gegen mehrere Theilnehmer[9]); ferner auch gegen Personen, die zufolge besonderer Umstände für den Urheber verantwortlich sind[10]). Die Verantwortlichkeit beruht regelmäßig auf einer Verschuldung[11]). Und zwar besteht die Haftung grundsätzlich für jede Fahrlässigkeit[12]). Es gibt aber auch Fälle, in denen eine Verantwortlichkeit ohne Verschuldung statuirt wird[13]). Das Gesetz legt die Gefahren einer bestimmten Situation (z. B. eines Betriebes) entweder unbedingt einem Anderen

2) Diese Fälle unerlaubten Verhaltens gehören also nicht hierher. Sie erzeugen kein selbständiges Schuldverhältniß, sondern werden regelmäßig im Anschluß an das verletzte Rechtsverhältniß behandelt. S. z. B. die Nichterfüllung von Schuldverhältnissen (§§ 158 ff., 169 ff.) und das spezielle Schuldrecht bei den einzelnen Verträgen ꝛc.; die Verletzung des Eigenthumsanspruchs, familien- und erbrechtlicher Pflichten (an den betreffenden Stellen des Systems). Vgl. Bd. I § 107 Ziff. 1a. Die Rechtsfolgen der unerlaubten Handlung bilden hier nur Annexe des verletzten Rechts.

3) Wie die Ueberschrift vor § 823 BGB. vermuthen läßt.

4) Nicht von den Strafdelikten. S. Bd. I § 107 Note 8.

5) Oft hat er davon gar keinen Vermögensvortheil (wie z. B. bei Körperverletzung). — Hierin liegt der Gegensatz gegen die gesetzlichen Schuldverhältnisse aus ungerechtfertigter Bereicherung (oben § 317 ff.).

6) Ueber die Beseitigung der Privatstrafen s. Bd. I § 107 Note 6. — Soweit eine direkte Rechtsveränderung (z. B. Eigenthumsverlust) durch das Delikt eintritt, bedarf es nicht der Entstehung eines Schuldverhältnisses. S. o. § 316 Note 7.

7) Nur ausnahmsweise ein dritter, mittelbar Verletzter. S. u. § 339. Dies geht aus dem Wortlaut des § 823 BGB. hervor: wer Leben, Körper ꝛc. .... eines Anderen verletzt, ist dem Anderen ersatzpflichtig.

8) Der allgemeinen (s. Bd. I §§ 107—109), und der besonderen der einzelnen Delikte (s. u. §§ 325 ff.). — Danach ist regelmäßig unter der unerlaubten Handlung auch die Unterlassung mitbegriffen. S. Bd. I § 107 Note 10; § 108 Noten 23—29 u. Cit. S. noch Wendt im Archiv f. civ. Praxis Bd. 92 S. 1, 128 ff.

9) S. Bd. I § 109 Ziff. 4 (bei Note 29 ff.) u. unten § 338.

10) S. u. §§ 333 ff.

11) Bd. I § 109.

12) S. §§ 823 ff., 839 BGB. Vgl. Bd. I § 109 zu Note 24. Doch setzen einzelne Delikte zu ihrem Begriff Vorsatz voraus. S. z. B. §§ 825, 826 BGB. u. das RG. über den unlauteren Wettbewerb v. 27. Mai 1896.

13) Ueber die Einreihung dieser Fälle s. u. § 331 Note 1.

auf[14]); oder vermuthet zunächst die Verschuldung, um den Beschädigten vom Nachweis der letzteren zu befreien[15]), da er sonst meist sachfällig würde. Der verantwortlichen Person ist dann der Entlastungsbeweis freigegeben[16]). Einen Sonderfall der Haftung ohne Verschulden enthält § 829 BGB.[17]). Der Umfang der Schadensersatzpflicht ist regelmäßig vom Grade des Verschuldens unabhängig[18]).

3. Wie in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung hat das Gesetz die Thatbestände der unerlaubten Beschädigung und den Inhalt des Anspruchs aus denselben thunlichst auf einen einheitlichen Gesichtspunkt zurückgeführt[19]). Doch ist es in der Vereinheitlichung nicht bis zum letzten Ende vorgeschritten. Dieses würde sein: daß der vorsätzliche oder fahrlässige Eingriff in die fremde Rechtssphäre allgemein seinen Urheber zum Schadensersatz verpflichte[20]), woneben es dann dem Gesetze freigestanden hätte, noch einzeln diejenigen Fälle anzuführen, in denen es eine Verantwortlichkeit für Verletzung ohne Verschulden aufstellt. Indessen scheute man sich, einen allgemeinen Deliktsbegriff, so wie er oben aufgestellt ist, an die Spitze zu stellen[21]), und beschränkte die einheitliche Regelung im

14) Dem Betreibenden, indem dieser Verletzungen Dritter durch den Betrieb vermeiden soll. So z. B. bei der Jagd (Wildschaden); beim Fabrikbetrieb ꝛc. (Haftung für Verschulden der Vertreter des Unternehmers); beim Prozeßbetrieb (Durchführung vorläufiger Entscheidungen, die nachher aufgehoben werden); beim Halten von Thieren (für Beschädigungen durch letztere).

15) Den er nach Deliktsgrundsätzen regelmäßig zu führen hat. S. Bd. I § 127 bei Note 15.

16) Zur Erbringung dieses Beweises ist die verantwortliche Person auch meistens leichter in der Lage, da es sich dabei um ihre eigenen Angelegenheiten (z. B. die von ihr selbst zur Verhütung des Unfalls getroffenen Maßnahmen) handelt. — So bei der Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für seine Angestellten; für Personen, die unter der Aufsicht eines Anderen stehen; bei Unfällen im Eisenbahnbetrieb; beim Einsturz von Bauwerken ꝛc.

17) S. u. § 331 Ziff. 5.

18) S. o. §§ 150, 151 bes. Note 17 ff. Ausnahmen in § 829 BGB u. bei der Buße (oben § 152).

19) Das röm. Recht kannte nur einzelne Delikte ohne systematischen Zusammenhang und mit selbständigen Rechtsfolgen (auf Schadensersatz und Strafe), so das furtum (tit. Dig. 47, 2; Cod. 6, 2); die Sachbeschädigung ex lege Aquilia (tit. Dig. 9, 2; Cod. 3, 35), als utilis auch auf Körperverletzungen erstreckt (s. l. 13 pr. Dig. h. t.); die Injurienklage (tit. Dig. 47, 10; Cod. 9, 35); die Noxalklagen wegen Beschädigung durch Thiere, so bes. die a. de pauperie (tit. Dig. 9, 1); die Syndikatsklage wegen Amtshandlungen ꝛc. und eine allgemeine actio doli (tit. Dig. 4, 3; Cod. 2, 20) wegen vorsätzlicher böslicher Vermögensbeschädigung, deretwegen andere Rechtsmittel versagten. — Die Ansprüche waren dem Bedürfniß gemäß historisch ohne weitere Bezugnahme aufeinander erwachsen.

20) Aehnlich in der That schon das Preuß. A.LR. I Tit. 6 §§ 8 ff.; Code Nap. Art. 1382 ff.; Art. 50 des Schweiz. Obligationsrechts ꝛc.

21) Einen solchen verfocht bereits die praktische Jurisprudenz des 17. und 18. Jahrhunderts, z. B. Brunnemann, Comm. ad l. 7, 9, 11 Dig. 9, 2; Lauter-

Wesentlichen auf die Folgen: den Schadensersatzanspruch aus unerlaubten Handlungen (§§ 842—852 BGB.). Hinsichtlich der Delikte selbst umschreibt das Gesetz nach wie vor die einzelnen Thatbestände, und zwar in kasuistischer, nicht immer einwandfreier Weise[22]). Diese einzelnen Thatbestände sind daher zunächst klarzustellen[23]).

4. Uebrigens enthalten die §§ 823 ff. BGB. nicht alle Civildelikte. Hierherzuziehen, weil allgemeinerer Natur, sind noch die Vorschriften des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 über Beschädigungen im Eisenbahn- und Fabrikbetrieb 2c., ebenso die Vorschriften des Reichsgesetzes über den unlauteren Wettbewerb vom 27. Mai 1896 und einzelne prozeßrechtliche Bestimmungen. Andere Thatbestände gehören dem Sonderrecht — Reichsrecht[24]) oder vorbehaltenen Landesrecht[25]) — an und sind daher hier nur beiläufig[26]), oder gelegentlich im Zusammenhang mit den Rechten zu erörtern, als deren Verletzung sie erscheinen[27]).

5. Verstößt der deliktische Thatbestand gleichzeitig gegen eine besondere, zwischen dem Beschädigten und dem Urheber der Beschädi-

---

bach, Coll. theoretico-pract. ad. l. 9, 2 Abschn. XV.; Schilter, Praxis Exerc. XIX § 46; Thomasius, Ges. Diff. I, 6 (larva legis Aquil. detracta actioni de damno dato § 48); Höpfner, Komm. z. d. Heinneccischen Institt. § 1060 lit. c; Hugo, Institt. 7 A. S. 282 ff.; Thibaut, Pand. II § 964. Ein Rückschlag hiergegen trat durch die historische Schule ein, die der Lehre in den röm. Quellen den Boden entzog (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 9 S. 164) und eine allgemeine actio culpae als zu unbestimmt und für den Verkehr gefährlich verwarf. Von letzterer Vorstellung hat man sich bei uns noch nicht freigemacht. Dagegen mit Recht auch v. Liszt S. 3 ff.

22) Da es eine alte Klage bei uns war, daß das bisherige Recht, vom französischen abgesehen, zum Schutze der Beschädigten unzureichend sei (Motive Bd. 2 S. 726), ging man bei Spezialisirung der Thatbestände sehr weit, und hat doch nicht jedes Verhalten, das man hätte treffen wollen, einzubeziehen vermocht. Die §§ 823 ff. BGB. sind eine Quelle von Streitigkeiten geworden.

23) Von diesen Voraussetzungen wird unten §§ 325—337; von der Haftung selbst in §§ 339 ff. gehandelt. — Nur der Anspruch auf Buße bei gewissen Delikten bildet eine selbständige Folge, die schon oben (§ 152) besprochen ist.

24) Z. B. die Verletzungen des Urheberrechts, Patentrechts, Markenrechts u. dgl. Diese Bestimmungen sind aufrecht erhalten durch Art. 32 EG.BGB. S. noch v. Liszt S. 45 ff.

25) Hierhin gehört z. B. die Haftpflicht der Gemeinden bei den durch Auflauf oder Zusammenrottung von Menschen resp. die dagegen getroffenen Maßregeln angerichteten Schaden, nach dem preuß. Ges. v. 11. März 1850, dem bayr. Ges. v. 12. März 1850 (Art. 142 AG.), dem bad. Ges. v. 13. Febr. 1851, dem württemb. Ges. v. 28. Aug. 1849, dem sächs. GB. § 1496 2c. — aufrecht erhalten durch Art. 108 EG.BGB. Andere Fälle (z. B. die Vorbehalte der Art. 70 ff., 77 ff., 105 EG.) behandeln wir im Zusammenhang mit den einschlägigen reichsgesetzlichen Bestimmungen.

26) Z. B. die Bestimmungen über die Haftpflicht des Rhebers und Schiffseigenthümers nach §§ 485 ff., 734 HGB. u. Ges. über die privatrechtl. Verhältnisse der Binnenschiffahrt, bes. §§ 3 ff.; die Strafvorschriften der Reichsunfallversicherungsgesetze (s. o. § 294) 2c.

27) Z. B. die Verletzungen des Urheberrechts.

gung bestehende Rechtspflicht, z. B. gegen eine vertragliche Verpflichtung zur Erhaltung des beschädigten Rechtsguts[28]), so hat der Verletzte zwei Ansprüche (aus Delikt und dem betreffenden besonderen Verhältniß), die nach allgemeinen Grundsätzen konkurriren[29]). Er kann also nach Belieben bis zu erlangter vollständiger Entschädigung den einen oder anderen ausüben. Ist die Haftung aus dem bestehenden Rechtsverhältniß auf grobes Verschulden oder Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten[30]) beschränkt[31]), so bleibt die Deliktshaftung des Thäters von dieser Einschränkung unberührt[32]), ist also für den Beschädigten regelmäßig günstiger.

B. Voraussetzungen der Schädenhaftung.

1. Haftung für eigene That.

a) Die einzelnen Delikte.

§ 325.

α. Verletzung der Persönlichkeit und subjektiver Rechte.

Für die durch eigene Handlung[1]) verursachte[2]) Beschädigung eines Dritten in seiner Rechtssphäre haftet der Thäter[3]) nur unter der Vor-

---

28) S. o. Note 2. Z. B. der Entleiher, der Verwahrer, Miether einer Sache hat die letztere vorsätzlich oder fahrlässig zerstört. Derselbe haftet aus dem Leihe-, Verwahrungs-, Miethvertrag ꝛc. auf unbeschädigte Rückgabe der Sache.

29) S. Bd. I § 121 Ziff. 3 u. schon l. 18 § 1 Dig. commodati 13, 6. v. Liszt S. 10 ff.

30) S. Bd. I § 109 zu Noten 25—28.

31) Wie z. B. nach § 690 BGB. bei der Verwahrung von Sachen.

32) Es handelt sich um selbständige nebeneinanderstehende Ansprüche. Aus dem einen ist in den anderen nichts hineinzutragen. Die Ermäßigung der Haftpflicht bezieht sich nur auf die Vertragsverpflichtung (z. B. im Falle des § 690 BGB.). Dies ist auch nur gerecht. Denn ein Anderes ist die vertragliche custodia der Sache (gegenüber dem Diebstahl durch Dritte ist der Verwahrer mit Recht entlastet, wenn er die fremde Sache geradesogut wie die eigene verwahrt hat), — ein anderes ist die Selbstbeschädigung. Abwegig ist, der Verwahrer müsse leichter haften, weil ihm die Sache zugetragen sei, daher auch deliktisch nur im selben Umfang. Warum besteht dann nicht auch dieselbe Ermäßigung der Haftpflicht für Dienstmädchen ꝛc., welche Sachen zu reinigen haben und sie dabei zerbrechen? Inwieweit die Beurtheilung aller haftbaren Personen je nach den Umständen eine verschiedene ist, s. o. Bd. I § 109 Note 28. Damit ist nicht die Frage zu verwechseln, ob man für culpa lata oder levis haftet. Bei deliktischer Beschädigung haftet man immer für letztere. Darauf bezieht sich die kontraktliche Ermäßigung der Verwahrenshaftung gar nicht. In ihr liegt kein Freibrief für Delikte. A. M. v. Liszt S. 13 ff.; Hellwig, Anspruch u. Klagrecht (1900) S. 98 ff. Zustimmend die herrschende Ansicht. S. z. B. Dernburg § 64; Enneccerus § 358 Ziff. II. (Ob ein besonderer Erlaß der Haftung für leichtes Verschulden auf die Deliktshaftung auszudehnen ist, ist Frage der Auslegung der speziellen Abmachung.)

aussetzung, daß einer der anerkannten Deliktsthatbestände vorliegt, die das Gesetz aufstellt. Von diesen ist der oberste die Verletzung der Persönlichkeit in ihren hauptsächlichsten individuellen Lebensgütern[4]), sowie die Verletzung von Rechten[5]) der Person. § 823 Abs. 1 BGB. Ersatzberechtigt ist regelmäßig nur der unmittelbar Verletzte[6]).

In allen diesen Fällen ist die Ersatzpflicht grundsätzlich[7]) an Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Schädigers angeknüpft[8]). Und zwar genügt leichte Fahrlässigkeit[9]). Selbstverständlich muß die Verletzung widerrechtlich sein[10]). Die Art des Handelns ist im Allgemeinen gleichgültig[11]).

---

1) Wobei unter Handlung im Allgemeinen auch die Unterlassung verstanden wird, insofern sie eine Beschädigung des Dritten in seiner Rechtssphäre involvirt. S. o. § 324 Note 8 u. Cit. Es kommt darauf an, ob ein umgekehrtes Thun nach Lage der Sache rechtlich geboten war. Darüber s. Bd. I § 108 Ziff. 4 lit. a—c.

2) S. Bd. I § 108.

3) Wegen Theilnahme s. u. § 338.

4) Wobei das Gesetz dahingestellt sein läßt, ob dieselben zu den subjektiven Rechten (von denen gleich danach die Rede ist), als sog. Individualrechte mitzuzählen sind. S. darüber oben Bd. I § 30 zu Note 7.

5) Um die Frage offen zu lassen, ob die vorhin genannten individuellen Lebensgüter (Leben-, Körperintegrität, Gesundheit, Freiheit) auch Rechte sind, hat das Gesetz vor die Generalklausel „oder ein sonstiges Recht eines Anderen" das Wort „Eigenthum" eingeschoben. Vgl. gegen Dernburg § 383 Ziff. I, der das Gegentheil aus den Materialien herleiten will, die Ausführung bei Enneccerus § 359 Note 3 ff.

6) Z. B. verletzt Jemand einen Schauspieler, der an demselben Abend auftreten soll, und muß in Folge dessen die Vorstellung ausfallen, so ist der Künstler, nicht auch der Theaterdirektor ersatzberechtigt. — Anders nur in besonderen im Gesetz hervorgehobenen Fällen. S. §§ 844 ff. BGB. u. unten § 339.

7) S. o. § 324 zu Note 12. Wegen der Haftung Unzurechnungsfähiger s. noch unten § 331 i. f. — Das Verschulden hat der Ersatzfordernde zu beweisen (s. Bd. I § 127 Note 15).

8) S. Bd. I § 109 insbesondere das. Ziff. 1, daß die gesammte Schadensfolge nicht vorhergesehen zu sein braucht, sondern nur der durch die That bewirkte Eingriff in die fremde Rechtssphäre. S. auch noch unten § 326 Note 11.

9) Vgl. § 109 Ziff. 3 bes. Note 22 ff. über die verschiedene Beurtheilung der in Betracht kommenden Personen. Z. B. ein Arzt handelt bei einer gewissen Behandlung des Patienten schon fahrlässig, wenn wir dies von einem gewöhnlichen Barbier noch lange nicht annehmen können. Ein Landarzt und ein Spezialist in einer Großstadt sind verschieden zu beurtheilen; ein gewöhnlicher Fuhrmann anders als ein herrschaftlicher Kutscher 2c.

10) Sonst kann von einer unerlaubten That keine Rede sein. S. Bd. I § 107 Ziff. 3. Z. B. wer die abgängigen Inventarstücke des gepachteten Landguts zerstört (verbrennt 2c.), handelt nicht widerrechtlich. Nicht rechtswidrig ist die erlaubte Eigenmacht (Bd. I §§ 122 ff.) u. s. w.

11) S. schon oben Note 1. Das Thun kann auch in schuldhafter Erregung eines Irrthums (vorsätzlicher oder fahrlässiger Täuschung) bestehen, sofern nur dadurch eines der unten anerkannten Rechtsgüter widerrechtlich verletzt wird. Z. B. Jemand gibt fahrlässig dem Kranken von zwei bereit stehenden Arzneien

I. Als nach der Vorschrift des § 823 Abs. 1 geschützte individuelle Lebensgüter werden ausdrücklich aufgezählt die Integrität des Lebens, des Körpers, der Gesundheit und der Freiheit. Es fragt sich, ob der Kreis damit erschöpft ist. Das Gegentheil nehmen grundsätzlich diejenigen an, die unter der Berufung, daß die genannten Güter Individualrechte seien[12]), die Worte „oder ein sonstiges Recht" mit auf die aufgezählten Güter beziehen[13]). Da das Namenrecht und die Urheber- oder Immaterialgüterrechte heute zweifellos als Rechte anerkannt sind[14]), das sog. Hausrecht, das Recht des Briefgeheimnisses und zahlreiche ähnliche Erscheinungen des modernen Rechtsschutzes ebenso zweifellos durch § 823 Abs. 2 gedeckt sind[15]), bleibt als Streitpunkt eigentlich nur die Verletzung der Ehre übrig. Da das Gesetz zahlreiche andere auf Ehrverletzung bezügliche Vorschriften enthält, ist diesem Delikt eine besondere Darstellung zu widmen[16]). Zur Nothwendigkeit der Konstruktion eines Individualrechts auf Ehre kommt es auch dort nicht[17]). Wir beschränken daher den Kreis der durch § 823 Abs. 1 geschützten individuellen Lebensgüter wenigstens beim derzeitigen Stande der Gesetzgebung[18]) auf die obigen vier genannten; nicht sowohl aus theoretischen als aus praktischen Rücksichten[19]).

1. Verletzung des Lebens eines Anderen ist Tödtung in sämmtlichen rechtlich vorkommenden Gestalten; also Mord, Todtschlag, fahr-

---

die falsche, sodaß das Leben des Kranken auf's Spiel gesetzt wird. Cosack § 165 Ziff. VIII. Doch ist die Täuschung kein eigenes Delikt. — Einzelne Delikte setzen ein Handeln bestimmter Art voraus.

12) So bes. Dernburg § 388 II Ziff. 1.

13) Daß dies sprachlich unzulässig ist, beweist übrigens Enneccerus § 359 Note 2. S. auch oben Note 5.

14) S. Bd. I § 30 Note 8 ff., 16 ff. Sie gehören also unter u. Ziff. II.

15) Weil der Verstoß gegen sie den Verstoß gegen eine sog. Schutznorm (z. B. das strafrechtliche Verbot des Hausfriedensbruchs) enthält. S. u. § 326.

16) S. u. § 327. Eine frühere Behandlung würde gar nicht verständlich sein.

17) S. auch noch den Fall hier unten Ziff. 3, wenn die Ehrverletzung eine Gesundheitsschädigung zur Folge hat.

18) Anders wäre es, wenn das Gesetz allgemein eine Entschädigung anderer als vermögensrechtlicher Nachtheile in Geld zuließe, wie oben § 141 i. f. gefordert wurde. Solange dies nicht der Fall, ist die Entscheidung, ob es neben den ausdrücklich anerkannten noch andere Individualrechte gibt, für das Recht der unerlaubten Handlungen von verschwindender Bedeutung.

19) Unzweifelhaft gehören nicht unter § 823 Abs. 1 BGB. Güter und Vortheile materiellen und ideellen Inhalts, deren Rechtsnatur von Niemanden ernstlich behauptet wird, z. B. Verletzung der Pietät, des religiösen Gefühls eines Anderen, oder die Aussicht auf Erwerb, falls sie nicht mit einer Gesundheits-, Körper- oder Freiheitsverletzung verbunden ist oder den Thatbestand eines sonstigen Delikts (Verletzung subjektiver Rechte, unlauterer Wettbewerb ꝛc.) bildet.

läſſige Tödtung, Körperverletzung mit tödtlichem Ausgang, Tödtung im Zweikampf[20]) ꝛc.

2. Körperverletzung im Sinne des § 823 Abſ. 1 iſt jede andere rechtswidrige vorſätzliche oder fahrläſſige Verletzung der Körperintegrität[21]), wogegen

3. eine Geſundheitsverletzung nicht blos durch phyſiſche Einwirkung auf den Körper[22]), ſondern auch durch geiſtige Einflüſſe z. B. Beleidigung, Verleumdung, Erregung von Angſt und Schrecken, herbeigeführt werden kann.

4. Die Verletzung der Freiheit iſt nicht blos Freiheitsentziehung im ſtrafrechtlichen Sinne[23]), ſondern auch fahrläſſige Freiheitsberaubung, wenn ſie nur widerrechtlich iſt[24]); ferner zahlreiche Delikte, die das Strafrecht unter anderen Namen kennt, z. B. Menſchenraub, Kindesraub, Entführung[25]), Nöthigung[26]) und überhaupt jede Störung der freien Willensbeſtimmung durch Gewalt oder durch Drohung[27]). Die Drohung kann auch mit Vornahme einer an ſich erlaubten Handlung erfolgen[28]); doch iſt hierbei beſonders (nach den Umſtänden) zu prüfen, ob darin eine widerrechtliche Freiheitsentziehung liegt[29]). Selbſtverſtändlich muß die Drohung auch im gegebenen Fall den Willen zu beugen geeignet ſein[30]). Dies iſt beſonders bei Bedrohung geſchäftsunfähiger Perſonen zu beachten[31]).

20) S. dazu Bd. I § 107 Note 13.

21) Hat die Körperverletzung tödtlichen Ausgang, ſo fällt ſie auch unter Ziff. 1. Es kommt öfter vor, daß ein Thatbeſtand von mehreren Delikts-vorſchriften ergriffen wird. — Stirbt der Verletzte erſt nachträglich, ſo iſt zunächſt für ſeine Krankheit, dann für die Tödtung (§ 844 BGB.) Erſatz zu gewähren.

22) Durch Körperverletzung, Freiheitsentziehung (Ziff. 2 u. 4) ꝛc.

23) § 239 StGB.

24) S. o. Note 10.

25) §§ 234, 235, 236, 238 StGB.

26) § 240 StGB.

27) Die Drohung braucht nicht blos (wie nach § 240 StGB.) eine ſolche mit einem Verbrechen oder Vergehen zu ſein. — Es gehört hierher z. B. der Zwang zur Ausübung oder zur Unterlaſſung des Wahl- und Stimmrechts, der Religionsausübung, zum Verzicht auf Rechte, zur Niederlegung oder Aufnahme der Arbeit bei Streiks ꝛc., zur Duldung unzüchtiger Handlungen ꝛc. (alles vorausgeſetzt, daß ein erſatzfähiger Schaden daraus entſteht). S. v. Liszt S. 24.

28) Z. B. mit einer Kriminalanzeige.

29) Wir werden das im Allgemeinen wohl nur annehmen dürfen, wenn ein rechtlich mißbilligter Einfluß auf den in ſeiner Willensbeſtimmung Betroffenen geübt werden ſoll (ähnlich wie bei der Drohung im Falle Bd. I § 95 zu Note 31). Wer daher z. B. Jemand durch die Drohung, den von ſeiner Frau begangenen Diebſtahl zur Anzeige zu bringen, vom Selbſtmord abhält (v. Liszt S. 25), macht ſich nicht ſchadenserſatzpflichtig.

30) Die Bemerkungen Bd. I § 95 Note 33 finden entſprechende Anwendung.

31) Hier genügen unter Umſtänden geringere Beugungsmittel. — Die mo-

II. Nach der Vorschrift des § 823 Abs. 1 ist ferner geschützt jedes subjektive Recht gegen widerrechtliche Verletzung durch einen Anderen; gleichgültig welcher Art das Recht ist[32]): ob es dem Privatrecht angehört oder von der öffentlichen Rechtsordnung, z. B. der Verfassung gewährleistet ist[33]). Dagegen ist nicht jedes rechtlich geschützte Interesse auch ein subjektives Recht des Einzelnen[34]). Von Privatrechten kommen vorzugsweise in Betracht

1. Verletzung des Eigenthums, also vorsätzliche oder fahrlässige Entziehung, Zerstörung oder Beschädigung von Sachen[35]). Gleichgültig ist, ob die Entziehung eine dauernde oder nur vorübergehende, ob sie eine totale oder nur eine theilweise, z. B. die Ausnutzung der Sache betreffende ist[36]); gleichgültig endlich ob sie vom Verletzer allein oder durch Inbewegungsetzen behördlichen Zwanges bewirkt wird[37]).

2. Schadensersatzpflichtig macht weiter die schuldhafte Verletzung anderer dinglicher Rechte z. B. des Nießbrauchs, einer Grunddienstbarkeit, eines Pfandrechts[38]), der dinglichen Aneignungsrechte durch Jagd, Fischerei, Enteignung u. s. w.[39]); die Verletzung von Familienrechten[40]),

derne Vorschrift über Freiheitsverletzung umfaßt die entsprechenden Fälle der röm. Injurienklage.

32) Verfehlt ist die (im Gegensatz zu oben Note 13) von Einigen verfochtene umgekehrte Auslegung des § 323 Abs. 1, als handle es sich bei den Worten „Eigenthum und sonstige Rechte" nur um Rechte nach Art des Eigenthums!

33) Wenn die Verletzung nur einen ersatzfähigen Schaden erzeugt, — also arg. § 253 BGB. einen Vermögensschaden. Z. B. wenn Jemand einen Wahlmann an Benutzung des fahrplanmäßigen Eisenbahnzugs verhindert und jener deshalb einen Extrazug nehmen muß, um rechtzeitig zur Wahl zu kommen, so ist der Urheber der Verhinderung ersatzpflichtig. v. Liszt S. 26; Dernburg § 383 zu Note 6.

34) S. schon oben Bd. I § 29 Note 6 u. Prot. Bd. 2 S. 620 („beeinträchtige sein Interesse, verletze aber nicht sein Recht"). Damit erledigen sich manche Fälle, die v. Liszt S. 27 herbeizieht. S. auch schon oben Note 19. (Inwiefern manche derselben unter dem Gesichtspunkt des § 823 Abs. 2 in die Erscheinung treten, s. u. § 326.)

35) Als Objekte des Eigenthums. — Die Fälle umfassen den modernen Diebstahlsbegriff, Unterschlagung, Hehlerei und das gesammte Gebiet der lex Aquilia; außerdem fahrlässige Sachentziehung.

36) Weil damit ein Theil der im Eigenthum liegenden Befugnisse verletzt wird. Somit ist civilistisch auch das röm. furtum usus gedeckt.

37) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 22 S. 208 ff. — Da jedoch immer Verschulden verlangt wird, so geht vielfach das unten § 331 Ziff. 3 Gesagte weiter.

38) Dem Nießbraucher, Pfandgläubiger wird die Sache entzogen, an der sein Recht besteht, oder die Sache wird zerstört; dem Inhaber eines Wegerechts wird schuldhaft der Zugang versperrt ꝛc. — Ebenso ist der Fall zu behandeln, wenn der Nießbrauch oder das Pfandrecht an einem Rechte besteht (s. §§ 1068, 1273 ff. BGB).

39) Darüber näher im Sachenrecht.

40) Z. B. Störung der ehemännlichen oder elterlichen Rechte ꝛc. durch Dritte soweit daraus ein ersatzfähiger Schaden entsteht.

Immaterialgüterrechten[41]) und sonstigen Individualrechten soweit sie anerkannt sind[42]). Ebenso gehören hierher schuldhafte Beeinträchtigungen des Erbrechts[43]); nicht aber des Vermögens einer Person als solchen, weil ein Recht am Vermögen als generelles nicht anerkannt ist[44]). Die Verletzung von Anwartschaftsrechten, z. B. des bedingt Berechtigten, des Lehen- oder Fideikommißanwärters, des Nacherben bis zum Eintritt der Nacherbfolge[45]), und von Gegenrechten, z. B. eines bestehenden Anfechtungs-, Rücktritts- oder Kündigungsrechts[46]) machen den Thäter verantwortlich.

3. Privatdelikt in diesem Sinne ist auch die schuldhafte rechtswidrige Verletzung des Besitzes, ohne daß sich der Besitzer auf ein bestimmtes Recht zum Besitze und dessen Verletzung zu berufen braucht. Der Besitz ist schon als solcher ein Rechtsverhältniß, insofern als er, wenn einmal vorhanden, in bestimmter Weise geschützt wird und auch vererblich ist[47]).

4. Forderungsrechte und überhaupt relative Rechte, einzelne entstandene Ansprüche[48]) sind Rechte, welche dem Wortlaut des § 823 Abs. 1 unterfallen. Gleichwohl erheben sich gegen die Auffassung ihrer Verletzung als Delikt in manchen Fällen die erheblichsten Bedenken[49]).

---

41) Der sämmtlichen oben Bd. I § 30 i. f. genannten, z. B. der Urheber-, Patentrechte, Rechte an Gebrauchs- und Geschmacksmustern 2c.

42) Insbesondere das Namenrecht, Recht auf die Firma und am Waarenzeichen (s. Bd. I § 30 Note 8, § 37 Note 9). Streitig ist, ob die aktuelle Ausübung eines Gewerbebetriebs hierhergehört. Dafür Oertmann in der deutschen Juristenzeitung Bd. 4 S. 93. Doch beschränkt sich der Deliktsbegriff wohl auf den Fall des unlauteren Wettbewerbs (s. u. § 328), der sonst seine Hauptbedeutung verlieren würde.

43) Z. B. wissentliche Veräußerung oder Verschleppung von Erbschaftssachen durch den Scheinerben.

44) Vgl. o. Bd. I § 31 die Fälle, in denen das Vermögen rechtlich in Betracht kommt (bes. in erbrechtlicher und familienrechtlicher Beziehung; Verstöße gegen die betreffenden Rechte machen aber schon nach dem Obigen ersatzpflichtig). Daher macht sich z. B. nicht deliktisch haftbar, wer mich fahrlässig durch falsche Angaben zum Abschluß eines für mich ungünstigen Rechtsgeschäfts mit Dritten verleitet. So auch Oertmann § 823 Note 3 f. (Anders bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Täuschung, durch welche Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit oder ein besonderes subjektives Recht des Getäuschten verletzt werden. S. o. Note 11.)

45) S. o. Bd. I § 33. Das dingliche Vorkaufsrecht (§ 1094 BGB.) gehört schon unter Note 38.

46) S. Bd. I § 34. Z. B. durch Unterschlagung des die Erklärung enthaltenden Briefes.

47) S. §§ 857 ff. BGB. Schon römisch sprach man mit Bezug auf den Rechtsschutz von einem ius possessionis (verschieden vom ius possidendi). Näheres im Sachenrecht. — Das Gesagte ist (gegen Planck § 823 Note 2a) herrschende Ansicht.

48) Im Gegensatze zu den früher erwähnten Rechten, insoweit sie Ansprüche erzeugen.

49) Linckelmann S. 20 ff., Schollmeyer S. 110, Dernburg § 383

a) Geht die Verletzung vom Verpflichteten selbst aus, so ist sie niemals ein Delikt, steht vielmehr in begrifflichem Gegensatz zu einem solchen[50]). Der Verletzung wird hier in anderer Weise gesteuert[51]). Die Haftungsgrundsätze im bestehenden Rechtsverhältniß weichen von den deliktischen oft ganz erheblich ab[52]). Eine Vereinigung beider ist unmöglich — sie würde zur Negirung der Regeln einer Gruppe führen[53]).

b) Was die Verletzung durch dritte Personen angeht, so ist davon auszugehen, daß das Schuldverhältniß oder der Anspruch, als persönliche Rechtsbeziehung des Gläubigers zum Verpflichteten[54]), regelmäßig überhaupt nicht durch Dritte verletzbar ist. Damit steht nicht in Widerspruch, daß der Dritte, wenn er zugleich ein anderweitiges Delikt begeht, dadurch nach allgemeinen Grundsätzen haftbar wird[55]).

Anderseits gibt es im heutigen Recht einzelne Fälle, in denen ein Schuldverhältniß oder ein Anspruch in der That von Dritten verletzt werden kann, weil diesen die Möglichkeit beigelegt ist, eine Verfügung über das Recht vorzunehmen oder darauf eine Leistung zu empfangen, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist. Dies sind die Fälle des § 816 BGB., soweit sie sich auf relative Rechte (Schuldverhältnisse und Ansprüche) beziehen[56]). Z. B. die Verfügung über Nachlaßforderungen durch einen mittelst Erbscheins legitimirten

---

Note 12ff., Oertmann, Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten (1900, Berl. Festgaben für Dernburg) u. A. A. M. v. Liszt S. 21, Stammler, Allg. Schuldverh. S. 10, Cosack § 163 I Ziff. 1a.

50) Als sog. relatives — im Gegensatz zum absoluten Unrecht (s. o. Bd. I § 107 Ziff. 1a, sowie hier oben § 324 Note 2).

51) S. z. B. oben §§ 157ff., 169ff.

52) Der Verpflichtete haftet im konkreten Schuldverhältniß keineswegs immer (wie oben Note 9) für jede Fahrlässigkeit; sondern oft nur für grobes Verschulden oder für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten, — oft umgekehrt für Zufall schlechthin oder bis zur höheren Gewalt. S. z. B. §§ 521, 539, 680, 690, 701, 708 BGB. — Die Haftung für Hülfspersonen, Angestellte ꝛc. ist eine verschiedene. S. § 278 BGB. gegenüber § 831 eod.

53) Z. B. wenn die kontraktliche Haftung nur für grobes, die deliktische für jedes Verschulden besteht. — Etwas anderes ist es, wenn der Verwahrer u. s. w. unabhängig vom Kontraktverhältniß ein Delikt begeht. Hier existiren zwei selbständige Ansprüche. S. o. § 324 Ziff. 5, bes. Note 32.

54) Vgl. § 241 BGB. und ebenso § 194 Abs. 1 eod. in Ansehung des Anspruchs.

55) Dritte können z. B. den Besitz (oben Ziff. 3) der geschuldeten Sache verletzen (so beim Miether und Pächter). S. dazu auch noch unten § 339 Note 95. Abgesehen davon kann der Gläubiger nach §§ 281, 323 Abs. 2 BGB. Abtretung der dem Schuldner (aus Ziff. 1—3 oben) je nach der Sachlage zustehenden Deliktsansprüche wider den Dritten verlangen. Allgemein anerkannt ist auch, daß das Delikt der vorsätzlichen unsittlichen Schadenstiftung (s. u. § 330) mit Beziehung auf relative Rechte begangen werden kann.

56) S. o. § 321 Ziff. I u. II.

Scheinerben zu Gunsten gutgläubiger Dritter[57]); der Empfang der geschuldeten Leistung[58]) durch den bisherigen Gläubiger, welcher den Anspruch abgetreten hatte[59]) oder durch den mittelst Erbscheins legitimirten Scheinerben des Gläubigers ꝛc.[60]), sofern der Schuldner gutgläubig ist. Oder bei Erhebung der in einem Werthpapier verbrieften Leistung durch den legitimirten Inhaber des letzteren, wenn er nicht der wahre Berechtigte ist[61]). Ueberall besteht hier schon nach § 816 BGB. eine Verpflichtung des Nichtberechtigten, der willkürlich in die fremde Rechtssphäre eingreift, auf Herausgabe der Bereicherung an den Geschädigten[62]). Es ist nicht mehr als richtig, daß bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Eingriff voller Schadensersatz zu leisten ist[63]).

Dagegen ist auch nicht einzuwenden, es werde hierdurch — da der Schadensersatz in erster Linie auf Wiederherstellung (Rückgabe der geschuldeten Sache) an den Geschädigten geht — mittelbar das sog. Recht zur Sache[64]) wieder in das Gesetz eingeführt. Dieser Grund stände in gleicher Weise auch dem Bereicherungsanspruch entgegen! Denn auch die Bereicherung ist, wenn die Sache in Natur noch vorhanden ist, eben diese Sache[65]). Und es ist eine unabweisliche Folgerung, den Anspruch wegen der Bereicherung zum Schadensersatzanspruch auszuweiten[66]),

---

57) S. daselbst Note 9. — Daß die Mitwirkung der Behörde das Delikt nicht ausschließt, geht schon aus dem hier oben Note 37 Gesagten hervor.

58) Oder auch Erlaß, eine sonstige Ermäßigung der Forderung u. dgl.

59) Dagegen läßt sich keineswegs behaupten, daß auch ein zweiter Cessionar, der, um dem ersten zuvorzukommen, dem Schuldner vorher Mittheilung von der an ihn erfolgten Abtretung macht, regelmäßig widerrechtlich handle (§ 823 Abs. 1). Vigilantibus iura scripta sunt. Anders bei Kollusion.

60) Oder an den bisherigen Vermiether oder Verpächter nach Verkauf des Hauses u. dgl. S. o. § 321 zu Noten 24 u. 29.

61) S. § 321 Note 28 u. die dort cit. Stellen.

62) D. i. den wahren Berechtigten, der dadurch seines Rechtes beraubt ist.

63) Denn auch wenn der Nichtberechtigte schuldhaft über andere Gegenstände (Grundstücke, Mobilien) des Berechtigten verfügt, sodaß die Verfügung dem Berechtigten gegenüber wirksam bleibt (s. o. § 321 Noten 5 u. 6), würde Schadensersatz wegen der Eigenthumsverletzung (nach Ziff. 1 oben) zu leisten sein. Sollen Schuldverhältnisse ꝛc., die in ganz gleicher Art entzogen werden, weniger Schutz genießen?

64) S. o. § 138 Note 8.

65) S. § 323 bei Note 32. Man sieht daraus zur Evidenz, daß der angegebene Grund nicht zutreffend ist.

66) Das Verhältniß zur Kondiktion ist das gewöhnliche. Letztere findet nicht statt, soweit ein Anspruch auf vollen Schadensersatz besteht. S. § 317 zu Note 41. — In dem Gesagten liegt auch kein Widerspruch gegen § 323 Note 17 ff. Wer einfach wissentlich Zahlung annimmt, obschon er nichts zu fordern hat, begeht (abgesehen von § 826 BGB.) kein Delikt. Um so weniger, wer dies fahrlässig thut, z. B. den Posten in seinen Büchern zu streichen vergaß. Von einer Ersatz-

wenn Vorsatz oder Fahrlässigkeit gegenüber demjenigen vorliegt, den man auf diese Weise um sein Recht gebracht hat[67]).

§ 326.

β. Verstoß gegen Schutznormen*.

Rechtlich geschützte Interessen der Einzelnen, die keine Rechte sind, gibt es hierneben noch in großer Zahl[1]). Um ihre schuldhafte Verletzung durch Andere zu treffen[2]), qualifizirt das Gesetz als Delikt den Verstoß gegen die objektive Rechtsnorm[3]), welche den Schutz jenes Interesses bezweckt. § 823 Abs. 2 BGB. Die Rechtsvorschrift, worauf der Schutz des in seinem Interesse Verletzten beruht, nennen wir die Schutznorm[4]). Es handelt sich dabei um Normen der verschiedensten Art aus dem Gebiete des Privat- und öffentlichen Rechts (insonderheit des Strafrechts) zum Schutze der Einzelnen: in ihrer persönlichen Integrität, in ihren Vermögens- und sonstigen Interessen[5]). Soweit nach dem Inhalt der Norm ein Verstoß gegen dieselbe auch ohne Verschulden möglich ist[6]), tritt die

forderung gegen den Empfänger kann hier keine Rede sein, sondern nur von einer Kondiktion.

67) Das Gesagte entspricht der von Planck § 823 Note 2a und Enneccerus § 359 Note 13 ff. (s. auch Kipp zu Windscheid Bd. 2 S. 887) vertretenen Mittelmeinung. Aber es war noch nicht gelungen, sie ausreichend zu begründen und das Anwendungsgebiet genau zu umgrenzen, wie hier geschehen ist. — Auch die wichtigen Einwendungen Oertmann's, Schadensersatzanspruch S. 22 ff. (bes. lit. c und d) stehen der obigen Begründung nicht entgegen.

* Detmold, Der Begriff des Schutzgesetzes i. d. Gött. Festgaben für Regelsberger (1901) S. 317.

1) S. auch oben § 325 Noten 15, 19, 34, wonach nicht selten zweifelhaft ist, ob es sich um ein subjektives Recht des Einzelnen oder blos um ein anderweitiges durch objektive Schutznorm gedecktes Interesse handelt. Bei der Gleichheit der Folgen bedarf es der Untersuchung, ob ein Recht vorliegt, regelmäßig nicht.

2) Ueber das Erforderniß des Verschuldens s. noch unten Note 7. — Auch Widerrechtlichkeit liegt selbstverständlich vor, soweit die Handlung gegen das Schutzgesetz verstößt. Handlungen in erlaubter Selbsthülfe enthalten einen solchen Verstoß nicht. S. auch Bd. I § 107 zu Noten 11, 12, 14, 16.

3) Ueber Rechtsnorm im Gegensatz zum subjektiven Recht s. Bd. I § 13; ferner §§ 15 ff., 29 ff.

4) Um bei dem bekannten Binding'schen Ausdruck, der das Verhältniß trefflich kennzeichnet, stehen zu bleiben.

5) Soweit es sich dabei um die in § 325 besprochenen Lebensgüter (Integrität des Lebens, Körpers, der Gesundheit, Freiheit), sowie um den Schutz subjektiver Rechte der Einzelnen handelt, fallen die betreffenden Thatbestände auch unter § 823 Abs. 1 BGB. Diese Tautologie war nach dem System des Gesetzes nicht zu vermeiden. Nach dem oben Note 1 Gesagten bringt sie keinen besonderen Schaden. S. übrigens u. Note 11.

6) So bei Uebertretung vieler polizeilicher Vorschriften, die auch den Schutz einzelner Individuen bezwecken.

Schadensersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein[7]). Die Frage des Verschuldens beantwortet sich nach den gewöhnlichen Grundsätzen[8]): doch ist zu beachten, daß das Delikt hier nur in Uebertretung der Schutznorm besteht. Das Verschulden bezieht sich also nur auf diese Uebertretung. War diese dem Handelnden bewußt[9]) oder ihm bei seinem Verhalten erkennbar[10]), so haftet er für den entstandenen Schaden, wenn dieser objektiv aus der Uebertretung hervorging[11]). Nimmt das Schutzgesetz einen Verstoß nur bei einer gewissen schwereren Verschuldungsart (z. B. Vorsatz) an, so haftet der Uebertretende auch nur beim Vorliegen dieses Verschuldens für den Schaden.

Ersatzberechtigt ist auch hier regelmäßig nur der unmittelbar Verletzte[12]). Auch muß es in diesem Fall derjenige sein, in dessen Interesse die Schutzvorschrift besteht[13]). — Die landesrechtlichen Vorschriften über die Schadensersatzpflicht desjenigen, der gegen ein zum Schutz von Grundstücken erlassenes Strafgesetz verstößt, bleiben hierneben unberührt[14]). Art. 107 EG.BGB.

Die schwierigste Frage ist die richtige Bestimmung, wann ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz vorliegt. Aus der Beantwortung ergeben sich die einzelnen Deliktsfälle.

1. Von selbst versteht sich, daß unter „Gesetz" jede Art von Rechtsvorschrift zu verstehen ist[15]), und zwar Vorschriften aller Art,

---

7) Dies hebt § 823 Abs. 2 i. f. BGB. besonders hervor. — Wie regelmäßig bei Delikten, hat der Ersatzfordernde das Verschulden zu beweisen. S. Bd. I § 127 Note 15.

8) Wie oben § 325 Note 7 ff. u. Bd. I § 109.

9) Vorsatz. S. o. § 109 Note 15.

10) Fahrlässigkeit. S. § 109 Note 20 u. vor. Note. Die Verantwortlichkeit wird durch Rechtsirrthum nicht ausgeschlossen. S. u. § 331 Ziff. 1.

11) Also die spezielle Schadensfolge braucht dem Handelnden nicht erkennbar gewesen zu sein. Hier genügt die Verursachung (Bd. I § 108). Der Kausalzusammenhang ist von dem Ersatzfordernden zu beweisen (oft liegt er übrigens auf der Hand oder ergibt sich aus der Verkehrsanschauung). — Diese Beweiserleichterung kommt dem Ersatzfordernden auch dann zu Gute, wenn die That zugleich eine direkte Verletzung der Persönlichkeit oder eines subjektiven Rechts (nach § 823 Abs. 1) enthält.

12) Wie oben § 325 Note 6.

13) Ein Anderer erwirbt aus dem Verstoß gegen die Rechtsvorschrift keinen Ersatzanspruch, auch wenn er zufällig dadurch einen Schaden erlitten hat. — Ueber die Frage, in wessen Interesse eine Rechtsnorm erlassen ist, s. u. Ziff. 1—3.

14) Es handelt sich um die sämmtlichen partikularen Feld- und Forststrafresp. Forstpolizeigesetze, die hier nicht anzuführen sind. Darin sind regelmäßig besondere Haftungsgrundsätze, z. B. ein bestimmtes Ersatzgeld und besondere Verjährungsvorschriften gegeben.

15) S. Art. 2 EG.BGB. Gesetze, Verordnungen, auch polizeiliche Bestimmungen ꝛc. kommen in Betracht.

nicht blos privatrechtliche Vorschriften. Letztere sind hier sogar entschieden in der Minderheit, da sie meist subjektive Rechte schaffen, deren Schutz schon nach § 823 Abs. 1 gewährleistet ist. Abs. 2 soll aber nach der Idee des Gesetzes nur eine Lücke ausfüllen, die sich bei Anwendung des Abs. 1 ergibt[16]).

2. Gerade bei öffentlichrechtlichen Bestimmungen ist es aber häufig nicht leicht zu sagen, ob die Vorschrift den Schutz des Einzelnen oder den der Allgemeinheit bezweckt. Thut sie nur letzteres[17]), so gehört sie nicht hierher. Der zufällig durch die Uebertretung Geschädigte hat gegen den Uebertretenden keinen Ersatzanspruch. Dagegen bezwecken den Schutz des Einzelnen zahlreiche öffentlichrechtliche Vorschriften, welche gegen die Verletzung von Privatpersonen gerichtet sind, so

a) in Ansehung von Leib und Leben, Gesundheit, Freiheit, wo allerdings fast regelmäßig auch der Schutz des § 823 Abs. 1 zutrifft[18]); dann aber auch in Ansehung sonstiger Bethätigung der persönlichen Individualität, soweit noch nicht von Individualrechten gesprochen werden kann[19]). Dahin gehören die Strafvorschriften über den Hausfriedensbruch[20]), über das unbefugte Eröffnen verschlossener Briefe, das unbefugte Offenbaren von Privatgeheimnissen[21]), die Vorschriften über die Beleidigung[22]), Urkundenfälschung[23]), Meineid, falsche Anschuldigung[24]) 2c.

b) Andere Vorschriften schützen in gleicher Weise die Vermögenssphäre. Hierhin gehören vor Allem die Vorschriften über Be-

16) Z. B. Kinder, Mündel, Dienstangestellte haben ein Recht auf Schutz, Fürsorge bestimmter Art gegen ihre Eltern, Vormünder, Dienstherrn 2c. S. o. § 258 Note 14 ff. u. Cosack II Ziff. 2a. Dagegen ist z. B. das Verbot der Eigenmacht (§ 858 BGB.) unzweifelhaft eine hierher gehörige privatrechtliche Schutzvorschrift, die wichtig wird, wenn man den Besitz nicht als nach § 823 Abs. 1 geschützt ansieht (s. o. § 325 Note 47). Ferner Detmold a. a. O. S. 325 ff.

17) Wie z. B. Vorschriften zum Schutze des Staates (Hochverrath, Landesverrath), Widerstand gegen die Staatsgewalt 2c.

18) S. o. § 325 Ziff. I. — Jedoch gibt es mancherlei Vorschriften zum Schutz gewerblicher Arbeiter u. dgl., von denen man weder sagen kann, daß sie ausschließlich eine Dienstkontraktspflicht des Arbeitgebers involviren, noch daß sie in ihrer Spezialität durch die allgemeine Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB. gedeckt sind.

19) S. o. § 325 Note 12 ff.

20) Soweit daraus ein ersatzfähiger Schaden entsteht, z. B. der Inhaber der Wohnung in seinen gewerblichen Arbeiten gehindert wird.

21) §§ 299, 300 StGB.

22) S. §§ 185 ff. StGB. In dieser Form wird ein weiterer Fall der Ehrverletzung getroffen. S. o. § 325 Note 17.

23) §§ 267 ff. StGB.

24) §§ 153 ff., 164 ff. StGB. Doch ist der Schutz in vielen der letzteren Fälle zugleich auch ein Vermögensschutz.

Schadensersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein[7]). Die Frage des Verschuldens beantwortet sich nach den gewöhnlichen Grundsätzen[8]): doch ist zu beachten, daß das Delikt hier nur in Uebertretung der Schutznorm besteht. Das Verschulden bezieht sich also nur auf diese Uebertretung. War diese dem Handelnden bewußt[9]) oder ihm bei seinem Verhalten erkennbar[10]), so haftet er für den entstandenen Schaden, wenn dieser objektiv aus der Uebertretung hervorging[11]). Nimmt das Schutzgesetz einen Verstoß nur bei einer gewissen schwereren Verschuldungsart (z. B. Vorsatz) an, so haftet der Uebertretende auch nur beim Vorliegen dieses Verschuldens für den Schaden.

Ersatzberechtigt ist auch hier regelmäßig nur der unmittelbar Verletzte[12]). Auch muß es in diesem Fall derjenige sein, in dessen Interesse die Schutzvorschrift besteht[13]). — Die landesrechtlichen Vorschriften über die Schadensersatzpflicht desjenigen, der gegen ein zum Schutz von Grundstücken erlassenes Strafgesetz verstößt, bleiben hierneben unberührt[14]). Art. 107 EG.BGB.

Die schwierigste Frage ist die richtige Bestimmung, wann ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz vorliegt. Aus der Beantwortung ergeben sich die einzelnen Deliktsfälle.

1. Von selbst versteht sich, daß unter „Gesetz" jede Art von Rechtsvorschrift zu verstehen ist[15]), und zwar Vorschriften aller Art,

---

7) Dies hebt § 823 Abs. 2 i. f. BGB. besonders hervor. — Wie regelmäßig bei Delikten, hat der Ersatzfordernde das Verschulden zu beweisen. S. Bd. I § 127 Note 15.

8) Wie oben § 325 Note 7 ff. u. Bd. I § 109.

9) Vorsatz. S. o. § 109 Note 15.

10) Fahrlässigkeit. S. § 109 Note 20 u. vor. Note. Die Verantwortlichkeit wird durch Rechtsirrthum nicht ausgeschlossen. S. u. § 331 Ziff. 1.

11) Also die spezielle Schadensfolge braucht dem Handelnden nicht erkennbar gewesen zu sein. Hier genügt die Verursachung (Bd. I § 108). Der Kausalzusammenhang ist von dem Ersatzfordernden zu beweisen (oft liegt er übrigens auf der Hand oder ergibt sich aus der Verkehrsanschauung). — Diese Beweiserleichterung kommt dem Ersatzfordernden auch dann zu Gute, wenn die That zugleich eine direkte Verletzung der Persönlichkeit oder eines subjektiven Rechts (nach § 823 Abs. 1) enthält.

12) Wie oben § 325 Note 6.

13) Ein Anderer erwirbt aus dem Verstoß gegen die Rechtsvorschrift keinen Ersatzanspruch, auch wenn er zufällig dadurch einen Schaden erlitten hat. — Ueber die Frage, in wessen Interesse eine Rechtsnorm erlassen ist, s. u. Ziff. 1—3.

14) Es handelt sich um die sämmtlichen partikularen Feld- und Forststrafresp. Forstpolizeigesetze, die hier nicht anzuführen sind. Darin sind regelmäßig besondere Haftungsgrundsätze, z. B. ein bestimmtes Ersatzgeld und besondere Verjährungsvorschriften gegeben.

15) S. Art. 2 EG.BGB. Gesetze, Verordnungen, auch polizeiliche Bestimmungen ꝛc. kommen in Betracht.

nicht blos privatrechtliche Vorschriften. Letztere sind hier sogar entschieden in der Minderheit, da sie meist subjektive Rechte schaffen, deren Schutz schon nach § 823 Abs. 1 gewährleistet ist. Abs. 2 soll aber nach der Idee des Gesetzes nur eine Lücke ausfüllen, die sich bei Anwendung des Abs. 1 ergibt[16]).

2. Gerade bei öffentlichrechtlichen Bestimmungen ist es aber häufig nicht leicht zu sagen, ob die Vorschrift den Schutz des Einzelnen oder den der Allgemeinheit bezweckt. Thut sie nur letzteres[17]), so gehört sie nicht hierher. Der zufällig durch die Uebertretung Geschädigte hat gegen den Uebertretenden keinen Ersatzanspruch. Dagegen bezwecken den Schutz des Einzelnen zahlreiche öffentlichrechtliche Vorschriften, welche gegen die Verletzung von Privatpersonen gerichtet sind, so

a) in Ansehung von Leib und Leben, Gesundheit, Freiheit, wo allerdings fast regelmäßig auch der Schutz des § 823 Abs. 1 zutrifft[18]); dann aber auch in Ansehung sonstiger Bethätigung der persönlichen Individualität, soweit noch nicht von Individualrechten gesprochen werden kann[19]). Dahin gehören die Strafvorschriften über den Hausfriedensbruch[20]), über das unbefugte Eröffnen verschlossener Briefe, das unbefugte Offenbaren von Privatgeheimnissen[21]), die Vorschriften über die Beleidigung[22]), Urkundenfälschung[23]), Meineid, falsche Anschuldigung[24]) 2c.

b) Andere Vorschriften schützen in gleicher Weise die Vermögenssphäre. Hierhin gehören vor Allem die Vorschriften über Be-

16) Z. B. Kinder, Mündel, Dienstangestellte haben ein Recht auf Schutz, Fürsorge bestimmter Art gegen ihre Eltern, Vormünder, Dienstherrn 2c. S. o. § 258 Note 14 ff. u. Cosack II Ziff. 2a. Dagegen ist z. B. das Verbot der Eigenmacht (§ 858 BGB.) unzweifelhaft eine hierher gehörige privatrechtliche Schutzvorschrift, die wichtig wird, wenn man den Besitz nicht als nach § 823 Abs. 1 geschützt ansieht (s. o. § 325 Note 47). Ferner Detmold a. a. O. S. 325 ff.

17) Wie z. B. Vorschriften zum Schutze des Staates (Hochverrath, Landesverrath), Widerstand gegen die Staatsgewalt 2c.

18) S. o. § 325 Ziff. I. — Jedoch gibt es mancherlei Vorschriften zum Schutz gewerblicher Arbeiter u. dgl., von denen man weder sagen kann, daß sie ausschließlich eine Dienstkontraktspflicht des Arbeitgebers involviren, noch daß sie in ihrer Spezialität durch die allgemeine Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB. gedeckt sind.

19) S. o. § 325 Note 12 ff.

20) Soweit daraus ein ersatzfähiger Schaden entsteht, z. B. der Inhaber der Wohnung in seinen gewerblichen Arbeiten gehindert wird.

21) §§ 299, 300 StGB.

22) S. §§ 185 ff. StGB. In dieser Form wird ein weiterer Fall der Ehrverletzung getroffen. S. o. § 325 Note 17.

23) §§ 267 ff. StGB.

24) §§ 153 ff., 164 ff. StGB. Doch ist der Schutz in vielen der letzteren Fälle zugleich auch ein Vermögensschutz.

trug, Erpressung und sonstige Handlungen, welche die Vermögensbeschädigung eines Anderen verhindern sollen[25]).

3. Schon bei zahlreichen vorgenannten Bestimmungen sind neben dem Schutz des Einzelnen auch öffentlichrechtliche Gesichtspunkte maßgebend[26]). Bei anderen Vorschriften ist zuzugeben, daß sie in erster Linie den Interessen der Allgemeinheit dienen; aber doch so, daß sie zugleich die Sonderinteressen des Einzelnen beschützen, indem dieser unmittelbar daraus Vortheil zieht. Von solcher Art sind die Vorschriften, welche im Interesse der Verkehrssicherheit oder des öffentlichen Wohls ein bestimmtes Verhalten vorschreiben, z. B.[27]) daß bei Glatteis Asche zu streuen, Dunggruben ꝛc. zuzudecken[28]), Treppen zu beleuchten, übermäßig schnelles Fahren oder das Mitführen explosiver Stoffe zu gewisser Zeit und an bestimmten Orten zu vermeiden ist[29]). Wenn es untersagt ist, Waarenempfehlungskarten und andere Drucksachen dem Papiergeld ähnlich herzustellen, oder das ordnungsmäßige Raupen zu unterlassen[30]), so haftet der Zuwiderhandelnde demjenigen, der durch die Uebertretung Schaden erleidet[31]). Dies wurde bei der parlamentarischen Berathung des Gesetzes im Einverständniß mit den Regierungsvertretern ausdrücklich festgestellt[32]). Eine Unterscheidung der Schutzvorschriften in solche, die nur dem Privatinteresse und nicht zugleich den allgemeinen Interessen dienen, ist auch ganz unmöglich[33]).

---

25) S. auch die lit. a zuletzt erwähnten Fälle.

26) Z. B. sozialpolitische (im Fall der Note 18), oder solche der öffentlichen Ruhe und Sicherheit (z. B. im Fall der Note 20 und bei Erpressung, Meineid, Fälschung, falscher Anschuldigung).

27) So auch die baupolizeilichen Vorschriften. Vgl. § 367 Ziff. 14 StGB. u. Entsch. d. RG. Bd. 17 S. 107, Bd. 38 S. 183.

28) Vgl. hierzu bes. Entsch. d. RG. Bd. 25 S. 53 ff. Die Verantwortlichkeit trifft den Inhaber der gefährlichen Anlage, nicht den Eigenthümer.

29) Hierhin gehört eine in Wahrheit unübersehbare Masse von Verordnungen, besonders Polizeiverordnungen.

30) §§ 360 Ziff. 6, 368 Ziff. 2 StGB.

31) Indem er ohne überwiegendes eigenes Verschulden (s. § 254 BGB) das Papier als Geld annimmt, oder in seinen landwirthschaftlichen Erzeugnissen geschädigt wird. — Nach Entsch. d. RG. Bd. 38 S. 379 können die Eigenthümer der Nachbarhäuser eines Bordells im Anschluß an § 180 StGB gegen den Bordellwirth auf Einstellung seines Betriebes klagen.

32) S. den Bericht der Reichstagskommission, Allg. Theil u. Recht der Schuldverhältnisse S. 107 zu dem beabsichtigten § 813 a des Entwurfs, der mit Rücksicht hierauf abgelehnt wurde. Dadurch sind die gegentheiligen Erwägungen der früheren II. Gesetzeskommission Prot. Bd. 2 S. 568 erledigt.

33) So mit Recht v. Liszt S. 33, Cosack § 163 II Ziff. 2a, Enneccerus § 360 Note 3 ff., Oertmann § 823 Note 4a, Planck eod. Note 3b, Meißner Note 2. S. auch schon oben Note 26. A. M. Lenel, Deutsche Juristenzeitung Bd. 2 S. 409, Linckelmann S. 27 ff. u. im Archiv f. bürg. Recht Bd. 13 S. 79, Dernburg § 383 II Ziff. 3, Detmold S. 328 ff.

Die erforderliche Grenze gegen eine allzuweite Ausdehnung der Schadensersatzpflicht auf dieser Grundlage ergibt sich von selbst dadurch, daß der Ersatzfordernde den ursächlichen Zusammenhang seines Schadens mit der in Frage stehenden Gesetzesübertretung zu beweisen hat[34]).

§ 327.

7. Ehrverletzung, Beeinträchtigung des Erwerbs und des Fortkommens. Kreditgefährdung*.

I. Ueber Ehrverletzung gibt das Gesetz mehrere Spezialbestimmungen, die hier zunächst Erwähnung finden sollen.

1. Abgesehen von dem Falle, daß die Ehrverletzung eine Gesundheitsbeschädigung erzeugt[1]), ist sie Delikt als **Verstoß gegen die strafrechtlichen Schutzgesetze über Beleidigung**[2]). Hierdurch werden aber nur vorsätzliche Ehr- und Kreditverletzungen getroffen[3]): einfache **wörtliche oder ideelle Beschimpfung, Realinjurien** (§ 185 StGB.), **Verleumdung** (durch Behauptung oder Verbreitung[4]) unwahrer Thatsachen[5]) über einen Anderen, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet[6]) sind), endlich die verleumderische[7]) **Kreditgefährdung** (d. h. Erschütterung des Vertrauens in die Zahlungsfähigkeit des Verleumdeten). §§ 186, 187 BGB. Möglich, aber nicht nothwendig[8]) ist, daß die Beleidigung **nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten**[9]) nach sich zieht. § 188 StGB.

---

34) S. o. Note 11, sowie Bd. I § 108 bes. Ziff. 2 u. 3.

*) Vgl. noch Biberfeld in d. Beitr. zur Erläut. d. deutschen Rechts Bd. 42 S. 367 ff.; Kohler im Archiv f. Strafrecht Bd. 47 S. 150.

1) S. o. § 325 Note 17.

2) §§ 185 ff. StGB. S. auch oben § 326 Note 22.

3) Ueber die fahrlässige s. u. Ziff. 2.

4) Verbreitung (im Gegensatz zur bloßen Behauptung) ist Zugänglichmachung an einen größeren Personenkreis.

5) Das sind Ereignisse, Zustände, — nicht blos ein Urtheil des Behauptenden. Der Beweis der Unwahrheit liegt civilistisch regelmäßig dem Ersatzfordernden ob. Jedoch genügt es nach § 186 StGB., daß der Verleumder „nicht erweislich wahre" Angaben gemacht hat.

6) Die **Geeignetheit** ist etwas Objektives und vom Gericht nach freiem Ermessen zu beurtheilen.

7) Also durch Behauptung oder Verbreitung **unwahrer Thatsachen** mit Beziehung auf einen Anderen, welche **geeignet sind**, den Kredit des letzteren (in der im Text bezeichneten Weise) zu gefährden.

8) Für das Privatrecht bezeichnet diese Verschiedenheit nur die Höhe des eingetretenen **Schadens**.

9) Z. B. indem derselbe seine Stellung verliert, oder in seinem gewerb-

Letzteres kann in vermögensrechtlichem oder ideellem Sinne gemeint sein — die Beleidigung überhaupt rein immaterielle Schäden im Gefolge haben. Doch ist der Ersatz dann auch nur ein unvollkommener[10]). Er kann dann nur in einem Anspruch auf Ehrenerklärung[11]) oder in sonstiger Rehabilitation[12]) des Verletzten[13]), nicht aber in Gelderſatz bestehen. §§ 249, 253 BGB. Letzterer findet nur statt, wenn die Ehrverletzung oder Kreditgefährdung das Vermögen des Verletzten (mittelbar oder unmittelbar) getroffen hat[14])[15]).

2. Hiermit ist die vorsätzliche Beeinträchtigung des Erwerbs oder des Fortkommens einer Person sowie die Gefährdung ihres Kredits schon als Civildelikt besonders ausgezeichnet. Eine Ergänzung bringt § 824 BGB. für fahrlässige Handlungen gleicher Art. Es haftet auf Schadensersatz, wer Thatsachen[16]), deren Unwahrheit er zwar nicht kennt aber kennen muß[17]), behauptet oder verbreitet[18]), sofern dieselben geeignet sind[19]), den Kredit eines Anderen zu gefährden[20]) oder sonstige Nachtheile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen[21]).

Der Ersatz versteht sich hier in derselben Weise wie oben[22]); ist also Gelderſatz nur bei Vermögensbeschädigung[23]). Auch die Bezug-

lichen Fortkommen behindert wird. Oder es wird ihm die Erlangung einer Stellung vereitelt oder erschwert.

10) S. o. § 141 i. f.

11) Darauf kann im Civilprozeß geklagt werden. S. auch Dernburg § 390 Ziff. III.

12) Z. B. Wiederaufnahme in den Verein, aus dem der Verletzte in beleidigender Weise ausgestoßen worden war; Verbot der weiteren Veröffentlichung von Schriften, in denen die Ehrenkränkung oder Kreditgefährdung enthalten ist.

13) Nur der Verletzte, nicht andere Personen haben diese Ansprüche.

14) Voraussicht dieser Vermögensfolge ist nach § 826 Note 11 nicht erforderlich.

15) Nur in Form der Buße im Strafverfahren können bei Veranschlagung der nachtheiligen Folgen für das Fortkommen des Beleidigten auch ideelle Momente in Betracht gezogen werden (s. o. § 141 i. f., § 152).

16) S. o. Note 5. Vgl. v. Liszt S. 36 ff. — Die Thatsachen können sich auch auf die gewerblichen Leistungen beziehen.

17) Die Fahrlässigkeit hat auch hier der Ersatzfordernde zu beweisen (wie im Fall der Note 5 den Vorsatz). Dazu gehört Beweis der Unwahrheit, und daß der Thäter sie kennen mußte.

18) S. o. Note 4.

19) S. o. Note 6.

20) S. o. bei Note 7. Also das Vertrauen in seine Zahlungsfähigkeit zu erschüttern.

21) S. o. Note 9. Die Art der Verletzung ist in § 824 nur dadurch charakterisirt, daß sie in Mittheilung von Thatsachen bestehen muß, welche zur Herbeiführung der bezeichneten Folgen geeignet sind. In diesem Rahmen genügt jede fahrlässige üble Nachrede (z. B. auf Befragen).

22) Note 10 ff.

23) Wobei aber auch hier Voraussehbarkeit der Vermögensfolge bei der That nicht zu verlangen ist. S. o. Note 14.

nahme auf Schädigung des Erwerbs oder des Fortkommens in § 824 ist nicht anders zu verstehen[24]).

Anderseits ist der Thäter haftfrei, wenn er die Unwahrheit der behaupteten Thatsache nicht kannte[25]) und entweder für ihn oder den Empfänger ein berechtigtes Interesse[26]) an der Mittheilung bestand[27]). Abs. 2.

3. Einen besonderen Schutz gewährt das Gesetz der weiblichen Geschlechtsehre. Deren Verletzung ist Delikt als Verstoß gegen die einschlägigen strafrechtlichen Bestimmungen über Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit[28]). § 823 Abs. 2 BGB. Darüber hinaus gibt § 825 einen Schutz gegen Verführung von Frauenspersonen zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung[29]), auch wenn der Thatbestand nicht unter ein Strafgesetz fällt, sofern die Frauensperson[30]) durch Hinterlist[31]), Drohung[32]) oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses[33]) zur Gestattung der Beiwohnung bestimmt wurde[34]).

---

24) Wie auch in § 842 BGB. — So trotz der Uebereinstimmung des Wortlauts mit § 188 StGB. und der dort zulässigen Berücksichtigung ideeller Momente (s. o. Note 15). Diese findet nur in Form der Buße (im Strafverfahren) statt.

25) Wenn auch kennen mußte (Fahrlässigkeit)! — Bei Kenntniß (also vorsätzlich wahrheitswidriger Mittheilung) findet der Interessenschutz nicht statt. § 824 Abs. 2 BGB. ist das Gegenstück des § 193 StGB.

26) Im Uebrigen kann das Interesse von jeder Art sein (nicht blos ein privatrechtliches), ein eigenes oder fremdes Interesse (zur Vertheidigung eines Anderen). — Ein Interesse des Empfängers waltet bei der Thätigkeit der Auskunftsbureaus u. dgl. ob. Ebenso bei der Warnung, einem Anderen Kredit zu geben.

27) Ob das Interesse berechtigt war, beurtheilt (vom objektiven Standpunkt aus) das Gericht. Die subjektive Meinung des Erklärenden, es zu haben, genügt nicht. Den Beweis des Interesses hat der Ersatzpflichtige (zu seiner Entlastung) zu führen.

28) In Betracht kommen §§ 174, 176, 177, 179, 182 StGB.

29) Gegen die Verführung von Männern, Knaben reicht der Schutz des § 823 BGB. aus.

30) Unbescholtenheit wird nicht verlangt. Doch wird ein Schaden der Bescholtenen nur unter Umständen (z. B. bei Beibringung einer Geschlechtskrankheit) vorhanden sein.

31) D. i. arglistiges Handeln jeder Art, welches durch Verdeckung der eigentlichen Absicht des Thäters besonders gefährlich ist. S. die strafrechtliche Litteratur zu § 181 StGB. Dazu gehören Kunstgriffe, Beibringung von Stimulantien, falsche Mittheilungen über Thatsachen. Z. B. der Ehe, des Todes oder der Gefahr von Anverwandten, die der Thäter retten wolle ꝛc.

32) Es genügt jede Inaussichtstellung eines Uebels, welches zur Willensbestimmung geeignet ist. v. Liszt S. 39. Auch Drohung mit Kriminalanzeigen.

33) Dieses braucht kein Autoritätsverhältniß zu sein. Es genügt wirthschaftliche oder sonstige rein thatsächliche Abhängigkeit (wie bei Arbeits- und Dienstverhältnissen, beim Arzt, Religionsdiener u. s. w.). Inaussichtstellung von Nachtheilen bei Weigerung ist nicht erforderlich.

34) Mag die Gestattung auch in völlige Einwilligung übergehen.

Der Ersatz geht hier zunächst auf Ausgleichung des Vermögensschadens, welchen die Frauensperson aus dem Vorfall erlitten hat, z. B. Ersatz der Kur- und Entbindungskosten, der Schädigung des Erwerbs und Fortkommens ꝛc.[35]). § 842 BGB. Schließlich kann auch wegen anderer ideeller Nachtheile eine billige Entschädigung verlangt werden[36]). § 847 Abs. 2.

II. Es ist behauptet worden, daß das Gesetz hierneben noch ein allgemeines Delikt der Ehrverletzung kenne, das alle oben nicht getroffenen Fälle umfassen soll[37]). Dazu müßte ein Individualrecht auf Ehre konstruirt werden, welches dem § 823 Abs. 1 BGB. unterfällt[38]). Indessen abgesehen davon, daß ein solches an erheblicher Unbestimmtheit leiden würde[39]), ist zur Aufstellung praktisch kein Bedürfniß, weil daraus regelmäßig kein Vermögensschaden resultirt[40]) und anderseits der Strafschutz gegen Beleidigungen wohl regelmäßig ausreicht, um Ehrenerklärungen und ähnliche Rehabilitationen zu erringen[41]). Schließlich ist auch die Anerkennung eines derartigen allgemeinen Ehrdelikts nachweislich gegen die Absicht des Gesetzgebers[42]), und sie würde die an seiner Statt geschaffenen speziellen Delikte (oben Ziff. I) überflüssig und unverständlich machen[43]).

§ 328.

δ. Unlauterer Wettbewerb*.

An den Gedanken der Kreditschädigung schließt sich der unlautere Wettbewerb organisch an. Es handelt sich um Bestimmungen zum Schutz

---

35) Soll. der entsprechenden Vermögensschäden. S. o. Note 24.

36) S. o. § 141 i. f. Zumessung nach Art wie bei der Buße (§ 152), doch im Civilverfahren. — Der Fall des § 1300 BGB. ist kein Delikt, daher nicht hierher gehörig.

37) So insbesondere Dernburg § 383 Note 9, § 390 Ziff. III.

38) S. o. § 325 bei Note 16.

39) Welcher Ehrbegriff im Sinne von Bd. I § 44 sollte gemeint sein, und wie ist seine Umgrenzung zu denken?

40) Unter Berücksichtigung des § 253 BGB. S. o. § 325 Note 18.

41) Hängt doch die Einleitung des Strafverfahrens regelmäßig von der Privatklage des Verletzten ab!

42) Ursprünglich war im jetzigen § 823 Abs. 1 die Ehre neben den anderen dort erwähnten Lebensgütern ausdrücklich genannt. Sie wurde aber gestrichen und dafür die cit. anderen Vorschriften eingestellt.

43) Ebenso v. Liszt S. 22 ff., Linckelmann S. 18, Cosack § 163 Note 8, Enneccerus § 359, Oertmann § 823 Note 1 i. f., Planck eod. Note 2 a.

*) S. hierzu noch Kohler, Archiv f. civ. Praxis Bd. 88 S. 251; Wolff im Archiv f. bürg. Recht Bd. 13 S. 13, Cosack, Handelsrecht § 18 u. die Kommentare zum RG. v. 27. Mai 1896.

der Lauterkeit des gewerblichen Verkehrs[1]); um Unterdrückung von Handlungen, die nicht Betrug[2]) oder direkt wider die guten Sitten verstoßende vorsätzliche Schadenstiftung[3]) sind, aber einen Mißbrauch der Gewerbefreiheit darstellen. Diese gestattet den Gewerbtreibenden die freie Konkurrenz, aber es ist unzulässig, den Konkurrenzkampf mit unlauteren Mitteln zu führen[4]). RG. v. 27. Mai 1896[5]).

Das Delikt wird also von Gewerbtreibenden und gegen solche begangen[6]). Das Gesetz ist zum großen Theil ein Strafgesetz (die verbotenen Handlungen sind auch unter Strafe gestellt); doch wird zugleich ein Anspruch auf Ersatz des eingetretenen Schadens und Unterlassung der schadenstiftenden Handlungen gewährt[7]). Im heutigen Sinne ist das Gesetz zweifellos auch ein Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2 BGB.), der Ersatzanspruch des Verletzten[8]) also auch nach den allgemeinen Vorschriften begründet. Doch bleiben die besonderen Verjährungs- und Zuständigkeitsregeln des Gesetzes bestehen[9]). Der Ersatz in Geld setzt wie gewöhnlich den Nachweis einer Vermögensbeschädigung voraus[10]). In den mit Strafe bedrohten Fällen kann der Verletzte im Strafverfahren billige Entschädigung[11]) durch Zuerkennung einer Buße verlangen[12]). § 14 d. Ges.

---

1) Nicht blos des Handelsverkehrs.

2) S. o. § 326 Ziff. 2b.

3) S. § 826 BGB. u. unten § 330. Doch werden Lücken des Reichsgesetzes (wie schon der anderen Civildelikte) gegebenenfalls durch die moderne actio doli ausgefüllt. Z. B. verstößt das Verschleudern von Waaren unter Selbstkostenpreis zur Vernichtung der Konkurrenz unter Umständen gegen die guten Sitten. Ebenso das Weglocken von Arbeitern aus der Konkurrenzfabrik, um diese zum Stillstand zu bringen. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 48 S. 114 ff.

4) Dagegen richtete sich zuerst die Praxis der französischen, englischen und amerikanischen Gerichte. In Deutschland scheute man sich, diese Materie den Gerichten zu überlassen (wozu sie bei der Spezialisirung der Delikte, s. o. § 324 Note 20 ff., auch zur Zeit bei uns außer Stand gesetzt sind), und bestimmte daher kasuistisch die einzelnen unzulässigen Handlungen. So entstand das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb: die concurrence déloyale.

5) Aufrecht erhalten durch Art. 32 EG.BGB. Doch ist sein Inhalt in einigen Punkten durch das moderne bürgerliche Recht überholt. In anderen ist sein Verhältniß zu diesem festzustellen.

6) Nicht gegenüber dem Publikum. Z. B. die angelockten Käufer haben keinen Ersatzanspruch (es sei denn aus sonstigen Gründen).

7) S. z. B. § 1 Abs. 2 §§ 6, 8, 9 Abs. 3 d. Ges.

8) Darüber hinaus gibt das Spezialgesetz unter Umständen auch anderen Personen eine Klage. Vgl. § 1 Abs. 1 i. f. d. Ges.

9) S. §§ 2, 11, 15 d. Ges. Anders wo das Gesetz inhaltlich von dem modernen gemeinen Recht überholt ist, und nunmehr aus diesem geklagt wird, z. B. aus §§ 824, 826 BGB.

10) Entsprechend dem § 253 BGB. und der schon ehemals in Deutschland herrschenden Rechtsanschauung. Gerade darum ist der Anspruch auf Beseitigung der thatsächlichen Beeinträchtigung so ausgeweitet.

11) Dies überhebt ihn vor Allem der Nothwendigkeit des strikten Nachweises

Als unlauterer Wettbewerb läßt sich im Allgemeinen jedes Verhalten bezeichnen, welches in einer wider Treu und Glauben verstoßenden Weise gegen den Geschäftsbetrieb (Absatz) der Konkurrenten gerichtet ist[13]). Doch beschränkt sich das Gesetz auf das Verbot einzelner Handlungen[14]). Diese sind

1. Wahrheitswidrige Anpreisungen (Reklamen) hinsichtlich des eigenen geschäftlichen Angebots; und zwar nicht blos durch den Konkurrenten selbst, sondern auch durch Andere, z. B. durch Agenten oder durch die Presse[15]). Die Anpreisung muß in der öffentlichen[16]) Behauptung unwahrer Thatsachen[17]) über die geschäftlichen Verhältnisse bestehen, welche geeignet sind[18]), den Schein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen[19]).

Da die unlautere Geschäftsreklame gegen die Gesammtheit der anderen Gewerbtreibenden gerichtet ist, so kann das Delikt von jedem verfolgt werden, der Waaren oder Leistungen gleicher oder ähnlicher Art herstellt oder in geschäftlichen Verkehr bringt. Der Anspruch geht auf Unterlassung der unlauteren Geschäftsreklame[20]) und Ersatz des durch

---

des Schadens. Er erlangt ihn für sein gesunkenes Geschäftsrenomée und ähnliche nicht direkt abschätzbare Nachtheile.

12) S. o. § 152.

13) Daher liegt kein unlauterer Wettbewerb vor, wenn der Geschäftsbetrieb kein gleicher oder ähnlicher ist, z. B. der eine Gewerbtreibende die von ihm produzirten Gegenstände selbst verwendet, oder der eine die Erhöhung seines Absatzes durch Vereinfachung der Produktion zu erreichen sucht.

14) Andere sind erlaubt. Z. B. die Reklame im Allgemeinen; eine gewisse auffallende Ausstattung oder Zeichnung der Waare ꝛc. Auf die Waarenausstattung und Waarenzeichen besteht aber unter gewissen Voraussetzungen ein besonderes Recht des Inhabers, das gegen Verletzung geschützt ist (s. o. § 325 Note 42) RG. v. 12. Mai 1894.

15) In eigenem Namen durch sog. geschäftliche Mittheilungen (im Gegensatz zu bloßen Inseraten).

16) Vgl. o. § 327 Note 4. Z. B. in Bekanntmachungen durch die Presse, öffentlichen Anschlägen, versendeten Preislisten oder durch öffentliches Ausrufen (Marktschreier) ꝛc.

17) S. o. § 327 Note 5. Nicht blos Urtheile (z. B. „Erstes Geschäft für . . ."). — Die Angaben müssen erweislich unwahr sein.

18) S. o. § 327 Note 6.

19) Hierhin gehören z. B. Mittheilungen über die Beschaffenheit, Art der Herstellung, Preisbemessung der Waaren oder sonstigen gewerblichen Leistungen; — über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waaren (dahin gehört aber nicht eine Bezeichnung, die nicht unbedingt die Herkunft bezeichnet: wie „bairisch Bier"); — über den Besitz von Auszeichnungen; — über den Anlaß oder Zweck des Verkaufs (z. B. in scheinbarer Nothlage: „wegen Todesfalls, Auflösung des Geschäfts, aus einer Konkursmasse" besonders in Form von Versteigerungen) u. dgl. Die Aufzählung des Gesetzes ist nicht vollständig. Z. B. Bezeichnung eines Buchs als weitere „Auflage", während sie vom gleichen Satz wie die frühere abgezogen ist, würde ebenfalls hierhergehören. S. noch Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 11.

20) Z. B. Entfernung der entsprechenden Anschläge am Hause oder in den

die unrichtigen Angaben verursachten Schadens an den Kläger[21]). Der Anspruch auf Schadloshaltung setzt Verschulden des Thäters voraus[22]); der Anspruch gegen Redakteure, Verleger, Drucker oder Verbreiter von periodischen Druckschriften[23]), daß sie die Unrichtigkeit der Angaben kannten[24]). Dagegen kann die Unterlassung regelmäßig auch ohne Verschulden des Thäters begehrt werden[25]). Ja zur Anstellung der Unterlassungsklage sind auch Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen befugt, soweit sie in bürgerlichen Rechtssachen klagend auftreten können[26]). § 1.

2. Das Gegenstück zur eigenen Reklame bildet die Anschwärzung anderer Konkurrenten (§ 6 d. Ges.), d. i. die zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgende Herabsetzung des fremden Angebots[27]). Sie setzt voraus, daß über das Erwerbsgeschäft eines Anderen (den Inhaber oder Leiter des Geschäfts, die Waaren oder gewerblichen Leistungen desselben) Thatsachen behauptet oder verbreitet werden[28]), welche geeignet sind[29]), den fremden Geschäftsbetrieb oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, und nicht erweislich wahr sind[30]). Die Anschwärzung braucht nicht öffentlich zu geschehen. Sie ist nur eine spezifische Art der üblen Nachrede[31]). Die allgemeinen Vorschriften über letztere haben das Spezialdelikt der Konkurrenzanschwärzung heutzutage vielfach überholt, namentlich was den Anspruch auf Schadensersatz angeht. Der Anspruch

---

Schaufenstern, sowie auch auf Unterlassung für die Zukunft. — Hierwegen ist auch einstweilige Verfügung zulässig. § 3 d. Ges.

21) Bei krimineller Bestrafung (§ 1 Abs. 1, § 12 Abs. 1 d. Ges.) kann der Schadensersatz im Wege der Buße beantragt werden. § 14.

22) Nach allgemeinen Grundsätzen. S. o. § 324. D. h. daß der Thäter die Unrichtigkeit der Angaben kannte oder kennen mußte. — Ein Strafverfahren, also auch der Antrag auf Buße, setzt wissentlich unwahre Angaben voraus. § 4.

23) Also nicht von Gelegenheitsschriften, z. B. Ausstellungsberichten.

24) Also Dolus (wie Note 22 i. f.).

25) Z. B. wenn er ausreichenden Grund hatte, die Angaben für wahr zu halten. S. hierzu noch unten Note 33.

26) Also regelmäßig juristische Persönlichkeit besitzen! Der Verband fungirt hier als Vertreter des betreffenden Interessentenkreises. — Ebenso kann der Verband die kriminelle Bestrafung des Thäters verlangen (selbstredend aber nie Schadloshaltung oder Buße, da der Verband als solcher nicht geschädigt ist).

27) Das sog. dénigrement der ausländischen Jurisprudenz.

28) S. o. § 327 Noten 4 u. 5.

29) S. o. § 327 Note 6.

30) Also der Geschädigte braucht die Unwahrheit der Angaben nicht nachzuweisen. Das Verhältniß der Ersatzforderung aus § 6 d. Ges. zu der aus § 824 BGB. ist in dieser Hinsicht dasselbe, wie das des § 186 StGB. zu der gleichen Vorschrift (§ 327 I Ziff. 2).

31) Als Beeinträchtigung des Erwerbs oder des Fortkommens einer Person bezw. als Kreditgefährdung. S. o. § 327 Noten 9 u. 16 ff.

auf Schadloshaltung setzt Verschulden des Thäters voraus[32]). Dagegen kann die Unterlassung fernerer Anschwärzung auch ohne Rücksicht auf Verschulden des Thäters verlangt werden[33]).

Anderseits entspricht es wiederum dem § 824 BGB., daß Schadloshaltung und Unterlassung der beeinträchtigenden Mittheilungen nicht verlangt werden kann, wenn für den Urheber oder den Empfänger ein berechtigtes Interesse an der Mittheilung bestand[34]). § 6 Abs. 2.

Die Ansprüche wegen Anschwärzung stehen nur dem Gekränkten zu.

3. Unlauterer Wettbewerb im geschäftlichen Verkehr ist ferner die Benutzung des Namens, der Firma[35]), der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, gewerblichen Unternehmens[36]) oder einer Druckschrift[37]) in einer Weise, die darauf berechnet und geeignet ist[38]), Verwechselungen mit Namen, Firma oder Bezeichnungen hervorzurufen, deren sich ein Anderer befugtermaßen bedient[39]). § 8 d. Ges. Die Berechnung involvirt Vorsatz[40]). Das Delikt ist heute vielfach durch die allgemeinen Vorschriften überholt[41]). Der befugte Inhaber der Bezeichnung hat einen Anspruch auf Schadensersatz und Unterlassung.

4. Schließlich wird der Verrath fremder Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse getroffen, und zwar

a) die Mittheilung des Geheimnisses durch einen Angestellten, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebs während der Dauer des Dienstverhältnisses, sofern die Mittheilung unbefugt zu Zwecken des

---

32) Es gilt das oben Note 22 Gesagte. — Wegen krimineller Bestrafung (und Buße) s. § 7 d. Ges., sowie Entsch. d. RG. in Strafsachen Bd. 31 S. 65, 84.

33) Wie oben Note 25. Dadurch geht der Unterlassungsanspruch weiter als der Ersatzanspruch aus § 824 BGB. Im Uebrigen würde er zwanglos unter den Begriff der Wiederherstellung fallen (ähnlich wie oben § 327 Note 12 u. das Beispiel § 326 Note 31 am Schlusse). Vgl. § 249 BGB.

34) S. dazu oben § 327 Note 26 ff.

35) S. o. Bd. I § 37 Note 9.

36) Z. B. Gasthaus zum goldenen Lamm; Continental Bodega Compagnie.

37) Z. B. Bücher- und Zeitungstitel.

38) S. o. § 327 Note 6. Im Gegensatz zur Eignung (dem objektiven), ist die Berechnung das subjektive Moment. — Der Beweis liegt dem Kläger ob, wird aber, wenn die Verwechselung nahe liegt, unter Umständen leicht als geführt zu erachten sein. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 35 S. 166.

39) Durch erlangte Eintragung der verwechselnden Bezeichnung in die Zeichenrolle gemäß RG. v. 12. Mai 1894 wird das Delikt nicht beseitigt. Entsch. d. RG. Bd. 44 S. 99.

40) Gleichwohl findet ein Strafschutz hier nicht statt. — Umgekehrt ist ausschließlich Strafdelikt die Quantitätsverschleierung bestimmter Waaren im Einzelverkehr. § 5 d. Ges.

41) S. o. § 325 II Ziff. 2 u. § 326.

Wettbewerbs, oder in der Absicht geschieht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen[42]). Ebenso

b) die unbefugte Benutzung des Geheimnisses durch einen Anderen zu Zwecken des Wettbewerbs, wenn die Kenntniß des Geheimnisses entweder

α. durch Mittheilung nach lit. a, oder

β. durch eigene, gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßende Handlungen des Ausbeuters erlangt ist.

c) Der eigenen unbefugten Ausbeutung (lit. b) steht die weitere Mittheilung des Geheimnisses an Dritte gleich[43]). § 9.

Auch dieses Delikt ist theilweise durch die modernen allgemeinen Vorschriften überholt[44]); im Uebrigen behält es seine selbständige Bedeutung. Die Zuwiderhandelnden sind dem Verletzten zum Schadensersatz verpflichtet[45]). Daß auch hier auf Unterlassung der weiteren Ausbeutung ꝛc. des Geheimnisses geklagt werden kann, sollte schon aus Schadensersatzgründen nicht bezweifelt werden[46]).

§ 329.

s. Verletzung der Amtspflicht*.

I. Eine allgemeine Haftung für vorsätzliche und fahrlässige Schadenzufügung[1]) ist bei Beamten aufgestellt, wenn sie ihre Amtspflicht dem Publikum gegenüber verletzen[2]). § 839 BGB.

---

42) Die Anstiftung ist Strafdelikt nach § 10 d. Ges.

43) Die Fälle sind Straf- und Civildelikt.

44) So verstößt es gegen § 826 BGB. (s. u. § 330), wenn ein durch Zufall zugänglich gewordenes Geheimniß in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise ausgebeutet wird. S. dazu Dernburg § 394 Note 16.

45) Mehrere Verpflichtete haften als Gesammtschuldner. S. u. § 338. — Im Strafverfahren kann die Entschädigung in Form der Buße begehrt werden. § 14 d. Ges.

46) Arg. § 249 BGB. S. o. Note 33. Ebenso Dernburg a. a. O. Note 13. A. M. Cosack § 18 zu Note 21.

*) S. dazu noch Nöldeke in d. Ztschr. f. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 42 S. 795; Delius, Die Haftpflicht der Beamten (1901).

1) Zu der man sich sonst nicht entschließen wollte. S. o. § 324 Note 20 ff. — Selbstredend haftet der Beamte auch, wenn er in seiner Amtsführung den Thatbestand eines der sonstigen Delikte verwirklicht.

2) Dieser Grundsatz wurde in voller Schärfe zuerst von der preuß. Gesetzgebung aufgestellt Vgl. Preuß. A.L.R. I Tit. 10 §§ 88 ff. Das römisch-gemeine und viele ausländische Gesetze sind laxer. Nach ihnen haftet der Beamte regelmäßig nicht für gewöhnliche Fahrlässigkeit (Syndikatsklage). Dagegen verlangte man in Preußen seit Alters her vom Beamten das Höchste. Dies ist in das Reichsgesetz übergegangen. Doch werden gegen unbillige Belastung namentlich der unteren Beamten, und um übertriebener Aengstlichkeit bei der Amtsführung zu

Wie der Beamte sich zu verhalten hat, wird häufig nur durch die für ihn maßgebenden *Dienstvorschriften* bestimmt[3]). Diese regeln seine Pflichten und Obliegenheiten sowohl gegenüber dem Gemeinwesen, dem er angehört[4]), als gegenüber dem Publikum. Nur die letztere Seite kommt hier in Betracht. Inwiefern der Beamte das Interesse des Staates 2c., dem er dient, zu wahren hat, und mangels Beobachtung dieser Pflicht dem letzteren verantwortlich wird, ist eine öffentlichrechtliche Frage[5]), jedenfalls kein Civildelikt[6]). Ein solches beginnt erst, wenn von dem Beamten eine *ihm gegenüber dritten Personen obliegende Amtspflicht verletzt* ist. Ob eine derartige Pflicht vorliegt, ist aus Natur und Inhalt der Dienstvorschrift zu beantworten[7]). Im Allgemeinen wird man sagen können, daß, soweit dem Dritten ein Rechtsmittel oder eine Beschwerderecht gegen die Anordnungen des Beamten zusteht, auch eine ihm gegenüber obliegende Amtspflicht anzunehmen ist[8]).

Die näheren Voraussetzungen der hier in Frage stehenden *Ersatzpflicht* sind folgende.

1. Der Urheber der Schadenstiftung muß ein *Beamter* im Rechtssinne sein. Ueber die Beamtenqualität entscheidet das öffentliche Recht[9]). Daher haftet z. B. ein Notar[10]) in der hier angegebenen Weise; Aerzte, Rechtsanwälte[11]) dagegen nur nach den allgemeinen Vorschriften.

---

steuern, einige *Milderungen* hinzugefügt. Auch die Entscheidung eigentlicher *Rechtsfragen* kann nicht nach dieser Schablone behandelt werden.

3) Abgesehen von den gewöhnlichen Regeln, daß der Beamte bei seiner Amtsführung nicht widerrechtlich in die fremde Rechtssphäre eingreifen oder gegen eine besondere Schutznorm (z. B. §§ 336, 359 StGB.) verstoßen darf 2c. S. schon oben Note 1 i. f.

4) Dem Staat (Reich und Einzelstaat), der Gemeinde u. s. w. gegenüber. — Von Privatbeamten ist hier nicht die Rede.

5) Vgl. Bd. I § 48 Note 7 ff., § 52 Note 4, § 57.

6) Wird also z. B. von dem Beamten bei Aufrechterhaltung der *öffentlichen Ordnung* eine interne Dienstvorschrift verletzt, und entsteht dadurch einer Privatperson ein Schaden, so ist der Beamte der *letzteren* dafür nicht verantwortlich.

7) Aehnlich wie bei der Frage, ob eine Schutznorm vorliegt. Es muß genügen, daß die Dienstvorschrift, wenn sie auch in erster Linie aus öffentlichen Gründen aufgestellt ist, doch dem Beamten im Interesse des Einzelnen und seiner Sonderinteressen ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht macht. So z. B. die Entscheidung von Rechtssachen, die Ordnung des Grundbuchs, der Vormundschaft 2c. S. auch § 839 Abs. 2, §§ 1679, 1848, 1872 BGB. Eine ausdrückliche, wenn auch für unseren Zweck nicht ausreichende Vorschrift für Reichsbeamte enthält § 13 RG. v. 31. März 1875.

8) Oertmann § 839 Note 2; Planck eod. Note 1 b; Enneccerus § 365 Ziff. 1a; Nöldeke S. 812 ff. S. übrigens § 12 GrO. u. unten Ziff. II.

9) Vgl. RBeamtenG. v. 31. März 1873 §§ 1, 156 und die Litteratur zu § 359 StGB., Linckelmann S. 101 ff. Entsch. d. RG. Bd. 6 S. 107, Bd. 28 S. 85, Bd. 37 S. 243 u. S. 225 ff.

10) A. M. Dernburg § 393 Note 5. S. aber schon Ecciu s, Preuß.

2. Der Beamte haftet dem Beschädigten für jede vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung einer Amtspflicht, die ihm gegenüber ihm (dem Beschädigten) obliegt[12]). Ob der Schaden vorauszusehen war, ist gleichgültig[13]). Dagegen haftet der Beamte nicht weiteren, mittelbar beschädigten Personen.

a) Anderseits haftet der Beamte auch dann, wenn neben dem Beamten ein Dritter[14]), z. B. ein Vormund, Konkursverwalter oder kraft Amtspflicht zu bestellender Gehülfe oder Substitut der eigentliche Schadenstifter ist[15]), und die Verletzung der Amtspflicht sich auf nicht gehörige Auswahl[16]), Instruktion[17]), unzureichende Kontrolle[18]) oder Versehen bei amtlicher Genehmigung von Rechtsgeschäften des Dritten[19]) beschränkt[20]). Vgl. § 841 BGB. Ja die Landesgesetze gehen zum Theil noch weiter und statuiren z. B. eine absolute Haftpflicht des Beamten für die von ihm angenommenen Vertreter und Gehülfen. Art. 78 EG.BGB.[21]).

b) Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so ist die Haftung des Beamten übrigens nur subsidiär[22]). Er haftet alsdann nur für die Verletzung, wenn der Beschädigte nicht auf andere

---

Privatrecht Bd. 2 § 154 u. die unten Note 21 cit. Gesetze. — Wegen der Gerichtsvollzieher s. Plenarbeschluß d. RG. Bd. 16 S. 397 ff.

11) Auch Schiedsrichter, Schöffen, Geschworene sind keine Beamten. § 839 ist auf sie unanwendbar. (S. jedoch Entsch. d. RG. Bd. 41 S. 251.) — Handelsrichter sind Beamte (für sie kommt Ziff. 3 unten zur Anwendung).

12) Den Beweis hat nach allgemeinen Grundsätzen der Verletzte zu führen.

13) Beispiele in den Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 326 (Zeugengebühren), Bd. 32 S. 390 (Sitzungspolizei), Bd. 35 S. 214 (Prüfung der Identität des Antragstellers ꝛc. in der freiwilligen Gerichtsbarkeit) ꝛc.

14) Die Mitglieder eines Beamtenkollegiums, welche die Amtspflicht verletzten, haften als Gesammtschuldner. Ueber den Beweis s. Nöldeke S. 826, Delius S. 41.

15) Die Haftung des Urhebers beurtheilt sich nach den gewöhnlichen Vorschriften. Haftet der Urheber als solcher, und daneben der Beamte in der im Text hervorgehobenen Weise aus dem Amtsdelikt, so besteht ein Gesammtschuldverhältniß. S. u. § 338.

16) Z. B. des Vormunds, Pflegers, Konkursverwalters oder sonstigen Gehülfen. S. z. B. §§ 1694, 1789, 1897, 1915 BGB., §§ 78, 110 KO.

17) Dies entspricht der allgemeinen Vorschrift des § 831 BGB. S. u. § 333. Daher hat der Beamte sich zu exkulpiren.

18) Z. B. bei der Rechnungslegung in der Vormundschaft ꝛc. S. auch §§ 1837 BGB., § 83 KO.

19) S. z. B. §§ 1821, 1822 BGB., § 129 KO.

20) Es geht dies nicht einmal soweit wie die kontraktliche Einstehungspflicht des mit einer gewissen Geschäftsbesorgung beauftragten Nichtbeamten für seine Gehülfen nach § 278 BGB. S. o. § 157 Ziff. II.

21) S. z. B. für Preußen A.LR. I Tit. 13 §§ 41—45 u. Preuß. AG. Art. 89 Ziff. 1b; Bayer. NotG. Art. 115; Württ. AG. Art. 96, 102; Hess. NotG. Art. 21, 32 u. V. v. 2. Aug. 1899 Art. 15; Elsaß-Lothr. AG. §§ 37, 88 ꝛc.

22) So selbst nach ehemal. preuß. Recht.

Weise Ersatz zu erlangen[23]) vermag[24]), — sei es vom unmittelbaren Schadenstifter (lit. a) oder von anderen z. B. durch das Versehen bereicherten Personen[25]).

c) Endlich bleiben nach Art. 77 EG.BGB. diejenigen landesrechtlichen Vorschriften in Kraft, welche das Recht des Beschädigten, von dem Beamten Ersatz zu verlangen, insoweit ausschließen, als der Staat oder ein öffentlicher Kommunalverband haftet[26]). — Ebenso diejenigen, welche die Belangung des Beamten von der Vorentscheidung einer Verwaltungsbehörde abhängig machen[27]).

3. Handelt es sich um eine Pflichtverletzung bei Fällung des Urtheils[28]) in einer Rechtssache[29]), so ist der Beamte nur dann verantwortlich, wenn sein Verhalten auch mit einer im Wege gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist[30]), z. B. bei Bestechung, vorsätzlicher Rechtsbeugung[31]) 2c. Es versteht sich von selbst, daß man den Rechtsspruch nicht einer Ueberprüfung (im Sinn fahrlässiger Verfehlung) unterziehen kann[32]). § 839 Abs. 2.

4. Schon aus allgemeinen Grundsätzen folgt, daß wer sich den erlittenen Schaden selbst zuzuschreiben hat, deswegen keinen

---

23) Auch wegen Insolvenz, Wegfall der Bereicherung soweit nur diese geschuldet wird 2c.

24) Den Beweis hat der Beschädigte zu führen. A. M. Linckelmann S. 101.

25) Wenn auch die letzteren nur auf die erlangte Bereicherung haften. (An dem Ausdruck „Ersatz" in § 839 Abs. 1 i. f. darf man sich nicht stoßen. Die Herausgabe der Bereicherung erledigt, wenn sie für den Geschädigten genügend ist, die zwischen ihm und dem Beamten schwebende Ersatzfrage.)

26) S. über diese Haftung unten Ziff. II. — Reichsgesetzlich haftet der Staat in Grundbuchsachen den Betheiligten an Stelle des Beamten und hat gegen den letzteren Regreß. S. § 12 GrO. Anderen Personen gegenüber bleibt die Haftpflicht des Grundbuchbeamten unberührt. S. Nöldeke S. 823 ff.; Oberneck in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 43 S. 466.

27) Denn hier handelt es sich um öffentlichrechtliche Vorschriften des Verfahrens, die aber mittelbar auf das Privatrecht von großem Einfluß sind, da sie unter Umständen die Geltendmachung des Anspruchs wider den Beamten unterbinden.

28) Nicht bei bloßen Beschlüssen und Verfügungen vor der materiellen Schlußentscheidung des ordentlichen oder summarischen Prozesses. Die Einschränkung wurde (gegenüber den Entwürfen) vom Reichstag beschlossen. Siehe Schneider im Archiv f. civ. Praxis Bd. 91 S. 209. Auch auf bloße pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Rechtsprechung ist die Erleichterungsvorschrift nicht anwendbar. § 839 Abs. 2 i. f. Vgl. auch Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 244.

29) Auch Verwaltungsstreitsache, Strafsache, oder Civilrechtssache, die vor besondere Gerichte gehört. Es kommt nicht darauf an, ob die Schlußentscheidung „Urtheil" genannt wird. So auch im Fall der vor. Note.

30) Gleichgültig ob es zur Verhängung der Strafe kommt.

31) §§ 334, 336 StGB.

Ersatz beanspruchen kann[33]). Die Vorschrift bedarf hier einer Präzisirung[34]). Dem Verletzten steht gegen die behördliche Anordnung im Wesentlichen nur der Gebrauch der zulässigen Rechtsmittel[35]) offen. Von diesen soll er aber auch Gebrauch machen, wenn er sich beschwert fühlt, und darauf darf anderseits auch wieder der Beamte vertrauen. Demgemäß haftet letzterer nicht, wenn die Abwendung des Schadens durch Gebrauch eines Rechtsmittels möglich war und der Verletzte[36]) das Rechtsmittel vorsätzlich oder fahrlässig unbenutzt ließ[37]). Abs. 3.

II. Aeußerst bestritten war seit Alters her die Frage, ob und inwiefern der Staat oder der öffentliche Kommunalverband, dem der Beamte angehört, an Stelle des letzteren hafte[38]). Dies ist keine Haftung für fremde Personen[39]), denn der Verband kann nur durch seine Beamten handeln. Die Haftpflicht des Staates ꝛc. ist daher prinzipiell anzunehmen[40]), soweit der Beamte als verfassungsmäßiger Vertreter des öffentlichen Verbandes zum selbständigen Handeln für denselben berufen war[41]). §§ 31, 89 BGB.[42]). Darüber hinaus haftet der Verband nur eventuell als ersatzpflichtiger Dritter, der einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt hat[43]); es bleibt also dem Staat ꝛc. der Einwand der gehörig beobachteten Sorgfalt bei Auswahl und Instruktion des Beamten aus § 831 BGB. offen.

---

32) Ein Anderes gilt hinsichtlich der Prozeßleitung. S. o. Note 28.

33) S. § 254 u. oben Bd. I § 111.

34) Denn Beamter und Verletzter treten sich nicht in gleicher Stellung gegenüber, sodaß man fragen könnte, wer von ihnen vorwiegend das Unheil angerichtet hat!

35) Mögen sie heißen wie sie wollen. In Betracht kommen z. B. Berufung, Revision, Beschwerden aller Art.

36) Resp. sein Vertreter.

37) Einfacher Nichtgebrauch (z. B. durch Verstreichenlassen der Frist) an sich genügt nicht. S. o. Das Publikum soll nicht darunter leiden, daß ihm z. B. die behördliche Anordnung ohne Verschulden nicht bekannt wird.

38) Das praktische Bedürfniß zeigt sich vor Allem, wenn der Beamte zahlungsunfähig ist. Da der Schaden oft ungeheuer groß ist, kann dies sehr leicht der Fall sein.

39) Daher gehört die Frage hierher, nicht unter § 333. S. jedoch unten Note 43.

40) Wie die eines privatrechtlichen Vereins nach § 31 BGB. für seine Vorstandsmitglieder und verfassungsmäßig berufenen Vertreter. Linckelmann S. 112 ff.; G. Krüger, Haftung der jur. Personen aus unerlaubten Handlungen (1901). S. auch § 89 eod. und oben Bd. I § 57 zu Note 5 ff.

41) Und selbstverständlich in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen. S. die Ausführungen des RG. Bd. 19 S. 350, Bd. 31 S. 249, Bd. 39 S. 185, die sich in aufsteigender Linie bewegen.

42) S. ferner § 12 GrO. über die Haftung des Staates gegenüber den Betheiligten in Grundbuchsachen (oben Note 26).

43) S. u. § 333.

Indeß erschien die allgemeine Haftpflicht des Staates ꝛc. für seine Beamten in dieser Fassung dem Gesetz doch zu gewagt. Es wurde daher das ganze Gebiet derjenigen Amtsvergehen ausgenommen, die in Ausübung der dem Beamten anvertrauten öffentlichen Gewalt[44]) begangen sind. Art. 77 EG. Dieserhalb bewendet es bei den landesrechtlichen Vorschriften[45]).

Von der Ersatzpflicht der Gemeinden für den bei Zusammenrottungen oder öffentlichen Aufläufen entstandenen Schaden nach Landesrecht war schon die Rede[46]). Art. 108 EG.

§ 330.

7. Vorsätzliche unsittliche Schadenstiftung.

Den Schlußstein in der Kette der Delikte bildet die unsittliche, vorsätzliche Schadenstiftung[1]). Der Vorsatz ist Thatbestandsmoment zahlreicher anderen Delikte; hier hat er selbständige rechtserzeugende Kraft[2]), wenn die vorsätzliche Handlung[3]) zugleich gegen die guten Sitten verstößt. Der Beschädigte, gegen den die Handlung begangen ist[4]), hat Anspruch auf Schadensersatz gegen den Verletzer. § 826 BGB.

1. Auf die Art der Handlung kommt es nicht an, wenn sie nur vorsätzlich begangen ist und gegen die guten Sitten verstößt. Ist das

44) S. Bd. I § 57 Note 8.

45) Die theilweise weniger weit gehen. So in Preußen, s. schon a. a. O. Note 9. Zahlreiche Einzelgesetze haben die Haftung ausgesprochen, so Bayer. AG. Art. 60 ff., Württ. AG. Art. 202 ff., Bad. AG. Art. 5, Hess. AG. Art. 78, 80 u. a. — Danach haftet der Staat theils neben, theils vor, theils hinter dem Beamten, und theilweise gar nicht. Näheres in der Litteratur des öffentlichen Rechts.

46) S. o. § 324 Note 25. Der Gedanke ist, daß die Gemeinde in ihrem Bezirk die öffentliche Ruhe und Ordnung aufrecht erhalten soll. Hier haften die Beamten, denen die Aufrechthaltung der Ruhe obliegt, häufig gar nicht (s. o. Note 6). Die Gemeinde haftet dem Verletzten unmittelbar und hat Regreß gegen die Thäter soweit sie verantwortlich sind.

1) Wie römisch die actio doli. Sie war dort subsidiär in dem Sinne, daß sie nicht angestellt werden durfte, wenn eine andere Deliktsklage zur Wahl stand (wegen der infamirenden Wirkung). Davon ist heute keine Rede mehr. Das Delikt ist ein selbständiges. Aber noch immer füllt es die Lücken anderer Delikte aus und hat somit ergänzenden Charakter.

2) Daher ist auch die Anstiftung zu einem anderen Delikt nicht gemeint. Sie ist Theilnahme an dem betreffenden Delikt. S. u. § 338.

3) Die wie regelmäßig in dieser Lehre, mangels besonderer Hervorhebung auch die Unterlassung in sich begreift. Indeß ist es thatsächlich seltener, daß eine Unterlassung gegen die guten Sitten verstößt. Dies ist in den von v. Liszt S. 73 angeführten Beispielen wohl überall zu verneinen. Dagegen ist es unsittlich, wenn ich den nicht warne, gegen den, wie ich zufällig erfahren habe, von dritter Seite ein Verbrechen geplant wird, wenn mich die Warnung nur ein Wort kostet.

4) D. i. derjenige, dessen Schädigung durch die Handlung bezweckt oder vorgestellt war. S. u. Ziff. 3.

betreffende Handeln schon anderweit verboten[5]), so braucht nach einem Verstoß gegen die guten Sitten überhaupt nicht gefragt zu werden. Vielmehr werden hier Handlungen getroffen, hinsichtlich deren die Rechtsordnung entweder überhaupt kein Gebot oder Verbot enthält[6]), oder welche sie geradezu erlaubt[7]). Denn selbst das an sich Gestattete soll doch nicht in unsittlicher Weise zum Schaden eines Anderen mißbraucht werden dürfen[8]).

2. Was gegen die guten Sitten verstößt, ist Thatfrage[9]). Unsittlich ist z. B. jede chikanöse Rechtsausübung im Sinne des § 226 BGB.[10]); dagegen ist die Vorstellung abzuweisen, als ob die Rechtsausübung nur dann gegen die guten Sitten verstoße, wenn sie in Chikaneabsicht vorgenommen sei[11]). Im Gegentheil, die Absicht kann eigener Vortheil des Handelnden sein, wenn nur in rücksichtsloser Verfolgung des formalen Rechtsstandpunktes eine Unsittlichkeit liegt. Hierhin gehört z. B. der Erwerb von Werthpapieren (z. B. eines Inhaberpapiers, Wechsels 2c.), um dem Schuldner Einwendungen abzuschneiden, die ihm gegen den Vormann zustanden[12]), Drohungen gegen den Dienstherrn zum Zweck der Entlassung oder Wiederanstellung von Arbeitern, Boykottirung und Ringbildung[13]). Ein weites Anwendungsgebiet liegt

5) Insbesondere ein Verstoß gegen § 823 Abs. 1 oder 2 (s. o. §§ 325, 326).

6) Rechtlich indifferente Handlungen, oder solche, die kraft der allgemeinen Freiheit gestattet sind. Oertmann § 826 Note 3.

7) Die im Entwurf enthaltene Einschränkung des § 826 auf Handlungen, die nicht in Ausübung eines dem Handelnden zustehenden Rechtes vorgenommen werden, wurde vom Reichstag beseitigt.

8) Entsprechend der röm. actio und exceptio doli, die ebenfalls gegen den Mißbrauch des formalen Rechtes gerichtet waren. — Die Bd. I § 107 Noten 13—16 hervorgehobenen besonderen Ausschlußgründe der Widerrechtlichkeit der Handlung schließen das Delikt aus, also Einwilligung des Verletzten, erlaubte Selbsthülfe 2c.

9) S. z. B. oben Bd. I § 13 Note 9, § 85 zu Note 5. Nicht die Auffassung des Handelnden über die guten Sitten ist maßgebend, sondern diejenige der Allgemeinheit, wie sie durch den Mund des Richters zum Ausdruck kommt. Dabei hat, wie ich schon seinerzeit ausführte (§ 13 Note 18), der Richter nicht die Aufgabe, zu der Auffassung der niedrigen Volkskreise kritiklos herabzusteigen, sondern die schlechte Sitte nur etwa bei Beurtheilung des Thatbestands in Rücksicht zu ziehen. Vgl. Dernburg § 393 Note 7, Oertmann § 826 Note 2b.

10) Einschließlich der Klaganstellung. Vgl. o. Bd. I § 121 Ziff. 1.

11) Also im Sinne Bd. I § 121 Note 9. So gegen Planck § 226 sämmtliche Schriftsteller. § 826 BGB. geht absichtlich weiter als § 226, und ist nicht durch diesen zu beschränken.

12) Gemäß § 796 BGB., Art. 82 WO. S. auch Motive Bd. 2 S. 754.

13) S. auch die Fälle oben § 328 Noten 3 u. 44 aus dem Gebiete des geschäftlichen Wettbewerbs. — Unsittlich ist die absichtliche Ertheilung eines falschen Rathes (s. Entsch. d. RG. Bd. 20 S. 190, Bd. 23 S. 130), die Anstrengung eines Prozesses über einen Gegenstand, bezüglich dessen Dritte in Vertragsverhandlungen stehen, um letztere zum Scheitern zu bringen 2c.

im Sachen-, insbesondere im Nachbarrechte[14]). Abzuweisen ist auch die Vorstellung, als ob mit einem Rechte, das dem Handelnden rechtskräftig zugesprochen ist, unter den Parteien nicht weiter unsittlicher Mißbrauch getrieben werden könne[15]), oder als ob die Rechtskraft des Urtheils der Reprobirung dieses Mißbrauchs entgegenstehe. Vielmehr ist die Frage nach letzterem ein neuer Streitgegenstand[16]).

3. Da das Delikt in vorsätzlicher Schadenstiftung besteht, muß sich der Vorsatz hier auf den Schaden mitbeziehen, letzterer also vorgestellt sein[17]). Doch ist dies nicht auf die Höhe des Schadens zu erstrecken[18]). Auch die Vorstellung, daß die Handlung gegen die guten Sitten verstoße, braucht nicht vorzuliegen[19]).

§ 331.

b) Verantwortlichkeit ohne Verschuldung.

Die Ersatzpflicht gründet sich regelmäßig auf ein Verschulden des Thäters[1]). Dieses setzt objektiven Zusammenhang des Schadens mit der Handlung des Thäters voraus[2]), und gründet sich auf ihn. Das Verschulden ist nur denkbar bei Vorstellung oder wenigstens Vor-

---

14) Z. B. Aufführung eines sog. Neidbaus u. dgl.

15) Denn durch das Urtheil ist nur das Vorhandensein des Rechtes deklarirt.

16) Vgl. Bd. I § 130 II Ziff. 3a. Z. B. gegen den, welchem die servitus non altius tollendi rechtskräftig abgesprochen ist, hat der Gegner damit keinen Freibrief zur Errichtung eines Neidbaus erlangt. Aehnlich Entsch. d. RG. in Strafsachen Bd. 34 S. 282 ff., bei offenbar unrichtigen, nur wegen Säumniß in Ergreifung geeigneter Rechtsbehelfe rechtskräftig gewordenen Entscheidungen.

17) S. Bd. I § 109 zu Note 15. — Daß keine Schädigungsabsicht vorzuliegen braucht, ist schon erwähnt. S. o. Note 11.

18) Diese kann sich der Thäter überhaupt regelmäßig nicht vollkommen vorstellen, da der Schaden im „Interesse" des Verletzten besteht!

19) S. schon oben Note 9.

1) Daß es unerlaubte Handlungen auch ohne Verschulden gibt, ist schon Bd. I § 109 Note 1 angedeutet. Die nachfolgenden Fälle führen in lehrreicher Skala vom Verschuldungsprinzip bis zum bloßen Verursachungsprinzip hinab. Im Begriff der unerlaubten Handlungen, wie er oben § 324 näher gezeichnet ist, halten sie sich alle. Die Sache liegt ähnlich wie bei dem relativen Unrecht, das nach dem System des Gesetzes (§ 275 BGB.) auch nicht blos durch schuldhafte Verletzung, sondern durch jedes Verhalten begangen wird, das der Pflichtige nach Inhalt seiner Verpflichtung zu vertreten hat. Das Korrelat des dort zu vertretenden Verhaltens bildet hier die Verantwortlichkeit. (Hierdurch allein wird auch die unerträgliche Zerreißung nahe verwandter Fälle in Delikte und Nichtdelikte vermieden, die jetzt manche Darstellungen dieser Lehre verwirrt.)

2) S. o. Bd. I § 108 über den sog. Kausalzusammenhang, und § 111 Ziff. 1 über die Frage, inwiefern der Geschädigte sich auf Grund konkurrirenden eigenen Verhaltens den Nachtheil selbst zuzuschreiben hat.

stellbarkeit des unerlaubten Erfolges[3]): Vorsatz — Fahrlässigkeit. Regelmäßig genügt leichtes Verschulden. Bei Delikten, die Vorsatz voraussetzen, ist dies besonders hervorgehoben[4]).

1. Das Verschulden bezieht sich also auf die That; die Rechtswidrigkeit der That[5]) braucht in die Vorstellung des Thäters nicht immer aufgenommen zu sein[6]). Regelmäßig ist allerdings ein Verschulden, ohne daß die Rechtswidrigkeit in den möglichen Kreis der Vorstellung des Thäters tritt, nicht denkbar. Aber es gibt Ausnahmen. Von diesen beruhen einige auf der Nichtbeachtung des Rechtsirrthums[7]). So beschränkt sich in den Fällen des § 823 Abs. 2 BGB. das Vorstellungsmoment auf das schadenbringende Thun. Die Existenz der Schutznorm kann dem Thäter unbekannt sein[8]). Aehnlich braucht, wer gegen § 826 BGB. verstößt, die Unsittlichkeit seines Handelns nicht zu kennen[9]).

2. In denselben Bereich fällt die positive Vorschrift des § 231 BGB. Danach haftet auf Schadensersatz ohne Rücksicht auf Erkennbarkeit seines rechtswidrigen Thuns, wer im Wege der Selbsthülfe einen Anderen verletzt, ohne daß die objektiven Voraussetzungen der Selbsthülfe vorhanden sind[10]).

3. Verwandt hiermit ist die Verletzung eines Anderen durch Benutzung vorläufig vollstreckbarer oder summarischer Urtheile oder ähnlicher gerichtlicher Erkenntnisse, z. B. des Urtheils im Urkundenprozesse, eines Arrestbefehls, sowie des Urtheils unter Vorbehalt der Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Beklagten, weil diese noch nicht spruchreif ist[11]). §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, 945 CPO. Wer in allen diesen Fällen die vorläufige Entscheidung[12]) zu Voll-

---

3) D. h. aber nicht des gesammten Schadens. S. Bd. I § 109 Ziff. 1 und § 330 am Ende. — Wie weit die Schadensersatzpflicht geht, wird vom Gesetz zum Theil durch besondere Bestimmungen geregelt. S. u. § 339.

4) S. bes. §§ 327, 328 sowie § 330 oben.

5) Dagegen ist das Erforderniß der Rechtswidrigkeit der That immer ein objektives. S. o. Bd. I § 107 Ziff. 3.

6) Hierüber gilt das Bd. I § 109 Ziff. 3 Gesagte.

7) S. a. a. O. Note 21 u. Cit.

8) S. o. § 326 Note 10.

9) Hier ist die Gesetzesnorm durch Bezugnahme auf die Anschauung der Allgemeinheit über die guten Sitten ausgebaut (vgl. darüber Bd. I § 13 Ziff. 2a). Ueber den Fall selbst, hier § 330 i. f.

10) S. o. Bd. I § 109 Note 19 u. § 122 i. f. Die Vorschrift beruht auf Billigkeitsrücksichten für den Verletzten. Der Thäter handelt auf seine Gefahr.

11) S. o. § 194.

12) Die sich selbst als solche (in irgend einer Form) bezeichnet! — Auf die Benutzung eines rechtskräftigen definitiven Urtheils ist das Gesagte nicht auszudehnen (selbst wenn das Urtheil nachher durch Wiederaufnahme des Ver-

streckungs- oder Zwangsmaßregeln wider den Gegner benutzt, thut dies auf seine Gefahr[12]) für den Fall, daß im nachträglichen Verfahren jene Entscheidung aufgehoben und durch eine andere ersetzt wird, die zu den vorgenommenen Maßregeln keinen Anlaß gab. Jene Maßregeln stellen sich dann als rechtloser Eingriff in die fremde Rechtssphäre dar, für den der betreibende Theil verantwortlich ist[13]).

Das begangene Delikt richtet sich (wie in § 231 BGB.) nach der Art der Handlung[14]). Die Ersatzklage unterliegt daher auch der allgemeinen Deliktsverjährung[15]).

Aehnlich ist bei einstweiliger Zulassung zur Prozeßführung der Zugelassene, der keine Vollmacht beibringt, dem Gegner ohne Rücksicht auf Verschulden ersatzpflichtig. § 89 CPO.

4. Daß nach dem Reichsgesetz über den unlauteren Wettbewerb die Unterlassung des unlauteren Geschäftsgebahrens[16]) regelmäßig auch ohne Verschulden des Thäters verlangt werden kann, ist schon erwähnt[17]).

5. Besonders wichtig ist hier noch eine besondere Ausdehnung der Haftpflicht auf Unzurechnungsfähige[18]). Zwar ist

---

fahrens beseitigt wird). — Etwas anderes wiederum ist die unsittliche Benutzung eines rechtskräftigen Urtheils (s. o. § 330 Note 15 ff.). Auch kann in der Art der Prozeßführung ein Delikt liegen (z. B. bei vorsätzlich oder fahrlässig meineidiger Ausschwörung eines zugeschobenen Eides). Hierfür ist nach allgemeinen Grundsätzen Ersatz zu leisten. § 823 BGB. ist anwendbar.

13) Dieses dem § 231 BGB. entsprechende Prinzip ist erst bei der Neuordnung der Civilprozeßordnung entwickelt. Ehemals haftete der betreibende Theil in dieser Hinsicht nur für Verschulden. Aber das Verschulden ließ sich kaum je beweisen. S. noch oben § 194 Note 25 ff.

14) Es sei denn daß der Gegner sich durch schlechte Prozeßführung, namentlich durch Versäumniß (Nichtergreifung des Einspruchs gegen das Versäumnißurtheil ꝛc.) den Schaden selbst zuzuschreiben hat. Arg. § 254 BGB. u. oben Bd. I § 111 Ziff. 1. Zustimmend Dernburg § 399 Ziff. III. A. M. Wach, Deutsche Juristenzeitung 1898 S. 66. Einen positiven Beweis für unsere Ansicht liefern aber die §§ 540—541 CPO., auf deren Fall die Schadensersatzpflicht sonst nach dem Text ebenfalls hätte ausgedehnt werden müssen, während statt dessen nur auf die Bereicherung gehaftet wird.

15) Z. B. Sachentziehung, Sachbeschädigung, Personenverletzung ꝛc. Die an sich erlaubte Handlung wird, wie bei Ueberschreitung der Selbsthülfe, durch Selbsttäuschung des Handelnden über seine Befugnisse im konkreten Falle zu einer unerlaubten.

16) § 852 BGB. ist anwendbar. Die zeitliche Begrenzung der Schädensklage ist auch hier ganz besonders gerecht. Doch ist sie bestritten.

17) Im Gegensatz zu der dem Verletzten zu entrichtenden besonderen Schadloshaltung.

18) Doch läßt sich dies auch aus anderem Gesichtspunkt rechtfertigen. S. o. § 328 z. B. zu Noten 7, 20 ff., 33, 46. — Nicht Alles, was von einzelnen Schriftstellern unter dieser Rubrik zusammengestellt wird, gehört hierher, da es sich nicht um unerlaubte, sondern geradezu um gesetzlich erlaubte Maßnahmen handelt. So in den Fällen §§ 904, 867, 962, 1005 BGB. (Ueber die Haftung für Zufall im Allgemeinen s. o. Bd. I § 110.)

a) keine eigentliche Ausnahme vom Verschuldungsprinzip die Haftung für Verletzungen im Zustand der **Bewußtlosigkeit**[20]) oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand **krankhafter Störung der Geistesthätigkeit**[21]), wenn sich der Thäter in einen vorübergehenden Zustand dieser Art durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel versetzt hatte. Die Schuld liegt hier im freiwilligen Versetzen in diesen Zustand[22]). Daher tritt die Haftung auch nicht ein, wenn der Thäter ohne Verschulden in den Zustand gerathen ist[23]). § 827.

b) Dagegen besteht eine generelle Ausnahme vom Verschuldungsprinzip für die in §§ 823—826 BGB. erwähnten Delikte[24]) im Anschluß an das ältere, namentlich deutsche Recht[25]) und im modernsten sozialen Interesse[26]). Danach haften Unzurechnungsfähige (Kinder, minderjährige Personen bis zu 18 Jahren, denen zur Zeit der That die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht fehlte[27]), Taubstumme im gleichen Falle, sowie alle diejenigen, die sich im Augenblick der That in Bewußtlosigkeit oder einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit[28]) befanden), für den von ihnen angerichteten Schaden, **soweit der Ersatz von einem aufsichtspflichtigen Dritten**[29]) **nicht erlangt werden kann**[30]). § 829 BGB. Doch erstreckt sich die Haft-

---

19) Ueber das Erforderniß der Zurechnungsfähigkeit für die Verschuldung s. Bd. I § 109 Ziff. 2.

20) Schlaf, Schlaftrunkenheit, Ohnmacht, Trunkenheit, Hypnose. S. Bd. I § 83 Note 8.

21) Nicht blos bei Geisteskrankheiten, sondern auch bei **Körperkrankheiten**, soweit sie vorübergehend eine Störung der Geistesthätigkeit zur Folge haben (z. B. in hochgradigem Fieber). Die freie Willensbestimmung muß ausgeschlossen sein.

22) Näheres Bd. I § 109 zu Note 11.

23) **Der Verletzte hat die That**, der in Anspruch genommene **Thäter seine Bewußtlosigkeit** ꝛc. zu beweisen. Demgegenüber ist es Sache der Replik, darzuthun, daß der Thäter **sich selbst** in den Zustand versetzt habe; wogegen dem Beklagten die Duplik zusteht, daß dies **ohne sein Verschulden** geschehen sei. Die Fassung des § 827 stimmt damit überein.

24) Das sind sämmtliche Fälle der §§ 825—830 oben, mit Ausnahme des unlauteren Wettbewerbs und Verletzung der Amtspflicht (§§ 328—329). Eine Ausdehnung der Vorschrift auf diese Fälle ist wegen ihrer speziellen Natur nicht gerechtfertigt.

25) Vgl. L. Salica 24 § 5, Sachsenspiegel II, 65 § 1 u. a. bei **Stobbe-Lehmann**, Deutsches Privatrecht III § 259 Note 11 angeführte Stellen.

26) S. die oben Bd. I § 110 Note 3 angeführten Schriften.

27) S. dazu oben Bd. I § 109 zu Note 13 ff.

28) S. o. Noten 20 u. 21.

29) S. § 832 BGB. u. unten § 333.

30) Gleichgültig ob der Aufsichtspflichtige nicht haftet, weil er sich durch

pflicht nicht auf den gesammten Schaden[31]), sondern hält sich im Rahmen der Billigkeit; ja sie tritt danach nicht einmal immer ein. Vielmehr ist Eintritt und Umfang davon abhängig[32]), daß

α. die Umstände nach Maßgabe der Billigkeit eine Schadloshaltung erfordern[33]). Hierfür kommen insbesondere auch die allgemeinen Verhältnisse der Betheiligten, namentlich ihre Vermögensverhältnisse in Betracht[34]). Sodann

β. daß dem Thäter nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalt[35]) sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen[36]) Unterhaltungspflichten bedarf[37]).

Uebrigens ist zuzusehen, ob der Unzurechnungsfähige überhaupt das Delikt begangen hat. Dies ist nicht der Fall, wenn er nur das Werkzeug eines Anderen, letzterer der sog. intellektuelle Urheber war[38]). Urheber ist auch der Andere in den Fällen des Verstoßes gegen eine Schutznorm, wenn diese dem Aufsichtspflichtigen ein gewisses Verhalten vorschreibt[39]) und der Aufsichtspflichtige die Ausführung dem Unzurechnungsfähigen überließ[40]).

Beobachtung der gehörigen Aufmerksamkeit entlasten kann, oder ob er zahlungsunfähig ist.

31) Die Ausführungen darüber unten § 839 sind nur beschränkt anwendbar. Sie erfahren durch die nachfolgenden Billigkeitserwägungen je nach den Umständen eine Restriktion.

32) Ueber das Vorliegen jener Voraussetzungen entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen.

33) Z. B. daß der Schaden aus Mitteln des Verletzers verhältnißmäßig leicht reparirt werden kann, oder der Verletzte an der Wiederherstellung ein großes Interesse hat. Oder daß die Verletzung eine besonders perfide, oder die Zurechnungsfähigkeit des Thäters nur gemindert war.

34) Z. B. der Thäter ist reich, der Verletzte arm. Hier entspricht es der Billigkeit, dem letzteren einen Ersatz zuzusprechen, der den Thäter kaum belastet. — Sämmtliche besprochenen Voraussetzungen des Ersatzanspruchs hat der Kläger zu beweisen.

35) Was dazu gehört, sagt § 1610 BGB.

36) Nicht anderer. S. o. § 231 Note 16.

37) Eine Rechtswohlthat oder eine Einrede ist dies nicht, sondern eine einfache Begrenzung der Verpflichtung (s. o. § 186 Note 15). — Gleichwohl versteht sich, daß der Beklagte die Beeinträchtigung der Lebensnothdurft durch die Verpflichtung zu beweisen hat, wenn er sie mit Rücksicht darauf beschränken will. Kläger kann und braucht davon nichts zu wissen. Es handelt sich um eine rechtsverneinende Einwendung.

38) S. über diese Begriffe die strafrechtliche Litteratur. Z. B. das Kind, dem ein Anderer das Gift in die Hand gab mit der Weisung, den scheinbaren Zucker dem zu Tödtenden in den Kaffee zu gießen, haftet nicht aus § 829 BGB., da es den Tod des Vergifteten nicht verursacht hat, sondern der Andere.

39) Vgl. o. § 326. Z. B. das Streuen von Asche bei Glatteis, die gehörige Treppenbeleuchtung u. s. w.

40) Hier haftet der Unzurechnungsfähige nicht, weil nur der das Delikt begangen haben kann, an dessen Adresse die Schutznorm gerichtet ist.

2. Haftung für andere Personen und besondere Ereignisse.

§ 332.

a) Uebersicht.

In der Regel ist die Person nur für den Schaden verantwortlich, den sie durch *eigenes Handeln* einem Anderen zugefügt hat. Eine Ausnahme von dieser Regel machen die Fälle, in denen man zufolge besonderer Vorschrift für den Schaden haftet, der durch eine andere Person oder ein besonderes Ereigniß verursacht worden ist. Die Haftpflicht erklärt sich so, daß der Pflichtige *für die That des Anderen oder für das betreffende Ereigniß verantwortlich gemacht wird, weil er sie hätte verhindern sollen.* Und zwar steht entweder dem Pflichtigen zu seiner Entlastung der *Gegenbeweis* offen, daß ihm die Verhinderung nicht möglich war[1]: dann liegt der Unterschied von der gewöhnlichen Verschuldungshaftung nur darin, daß nicht der Verletzte den Nachweis des Verschuldens zu führen hat[2]. Oder die Haftung für den Schaden ist eine *unbedingte*, d. h. besteht ohne Zulassung eines solchen Gegenbeweises[3].

2. Die Fälle dieser Verantwortlichkeit werden vom Gesetz ausdrücklich bezeichnet[4]. Eine analogische Ausdehnung vertragen sie nicht[5]. Z. B. wenn es heißt, daß der Grundbesitzer für den durch Einsturz eines Gebäudes oder sonstigen mit dem Grund und Boden verbundenen Werks ꝛc. angerichteten Schaden unter bestimmten Voraussetzungen haftet (§ 836 BGB.), so ist diese Haftung auf den Schaden durch *andere* lebloſe

1) Resp. daß er Alles gethan hat, was nach Verkehrsgrundsätzen von seiner Seite zur Verhinderung geschehen konnte.

2) Der Grund dieser Umkehrung der Beweislast liegt im sozialen Interesse, weil der Verletzte meist nicht im Stande ist, den Schuldbeweis zu führen, und die Gefahr in erster Linie demjenigen zur Last fallen soll, der den Unfall verursacht hat, nicht dem Verletzten.

3) Hier herrscht das sog. *Verursachungs-* im Gegensatz zum Verschuldungsprinzip. Der Pflichtige soll die That eines Anderen oder ein Ereigniß, das einen Eingriff in die fremde Rechtssphäre enthält, *absolut verhindern*. Er kann sich nicht durch den Nachweis befreien, daß ihm dies ohne Verschulden nicht möglich gewesen sei. Er ist unbedingt für den Vorfall *verantwortlich*. S. o. § 331 Note 1.

4) S. u. §§ 333—337.

5) Alle hier nicht angegebenen röm. Quasideliktsfälle sind beseitigt. So z. B. die a. *de effusis et dejectis* (tit. Dig. 9, 3), wonach der *Bewohner oder sonstige Benutzer des Zimmers*, aus dem etwas hinausgeworfen oder ausgegossen worden war, auf Ersatz haftete. Hierwegen entscheiden die allgemeinen Grundsätze der Rechts- und Personenbeschädigung, resp. der Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 366 Ziff. 7 u. 8 StGB.). Eventuell haftet für den Thäter dessen Geschäftsherr oder ein Aufsichtspflichtiger (s. u. § 333).

Sachen (z. B. Explosivstoffe) nicht zu übertragen[6]). Hier bleibt es einfach bei Anwendung der gewöhnlichen Grundsätze, daß ein Delikt begeht, wer mit der Sache hantirt oder sie in seiner Obhut hat, sofern er vorsätzlich oder fahrlässig[7]) gegen einen der früher gezeichneten Thatbestände verstößt[8]) und dadurch einen Anderen verletzt. Er ist dann Thäter, nicht verantwortlicher Dritter[9]).

3. Die dem Verletzten geschaffene Erleichterung besteht also darin, daß er den Dritten auf Ersatz in Anspruch nehmen kann[10]) ohne Nachweis seiner Thäterschaft[11]) und überhaupt seiner Verschuldung am Unfalle. Doch folgt daraus nicht, daß der Verletzte hier außer seinem Schaden nichts zu beweisen habe. Im Gegentheil, wie die einzelnen Fälle dieser Verantwortlichkeit fest umgrenzt sind, entstehen bestimmte Voraussetzungen der Haftpflicht des Dritten, deren Verwirklichung jedesmal vom Verletzten zu beweisen ist[12]).

b) Die einzelnen Fälle der Verantwortlichkeit.

§ 333.

a. Haftung für andere Personen*.

Eine Haftung für andere Personen gab es nach römischem und den bisherigen deutschen Partikularrechten überhaupt nicht[1]). Da-

---

6) Wegen der Haftung für Thiere s. §§ 833 ff. BGB.

7) Durch Außerachtlassung der gebotenen Vorsichtsmaßregeln.

8) Insbesondere gegen §§ 325, 326, 330 oben. — Dies gilt auch für die Benutzung der modernen Kraftfahrzeuge (Automobile). Für Erweiterung der Gesetzgebung in dieser Hinsicht Hilse, Haftpflicht der Kraftfahrzeuge (1900) und Gutachten zum 26. deutschen Juristentage (1902) S. 27.

9) Eine andere Konstruktion empfiehlt sich im Allgemeinen schon nicht wegen der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse, wogegen Thierverletzung und Gebäudeeinsturz 2c. ganz spezifische Unglücksfälle sind, die eine einheitliche Regelung vertragen.

10) Und zwar im gewöhnlichen Umfang wie bei Delikten, — nicht blos im Umfang einer billigen Entschädigung (wie oben § 331 Ziff. 5).

11) Verursachung des Schadens.

12) Als Prämissen der Verantwortlichkeit des Dritten. — Die einzelnen Fälle sind hier vorerst zu entwickeln.

*) Vgl. noch Nöldeke in d. Beitr. z. Erl. d. deutschen Rechts Bd. 41 S. 766.

1) Hier haftete man, abgesehen von den heute unpraktischen Sonderfällen der a. de effusis et dejectis (oben § 332 Note 5) und der Noxalklagen, regelmäßig nur für das eigene Verschulden, daß man zu einer Verrichtung entweder eine untaugliche Person bestellt oder die Person nicht gehörig beaufsichtigt oder instruirt hatte (culpa in eligendo et custodiendo). Die mangelnde Beobachtung dieser Sorgfalt hatte der Verletzte zu beweisen. Aehnlich war es im Preuß. A.L.R. I Tit. 6 §§ 53, 64 ff. u. Sächs. GB. § 779. Man erkannte nicht, daß die Haftung für culpa in eligendo et custodiendo unzureichend war, nachdem das wirksame Noxalrecht als Ergänzung fehlte.

gegen war sie im ausländischen, insbesondere dem englischen und französischen Recht[2]) unter bestimmten Voraussetzungen längst Rechtens: namentlich als Haftpflicht der Geschäftsherren für ihre Angestellten, der Herrschaft für das Gesinde, aufsichtspflichtiger Personen (Eltern, Vormünder, Lehrer und Erzieher 2c.) für ihre Pflegebefohlenen. Für diese Haftung spricht auch ein dringendes soziales Bedürfniß, weil der Verletzte, wenn er nur gegen den Angestellten oder Pflegebefohlenen einen Anspruch hätte, häufig leer ausgehen würde. Ebenso versteht es sich von selbst, daß ein Aufsichtspflichtiger Delikte seiner Pflegebefohlenen thunlichst verhindern soll. Daher gibt das Gesetz auch gegen ihn einen Entschädigungsanspruch. Vgl. §§ 831, 832 BGB.; für das Gesinde Art. 95 Abs. 2 EG.

Uebrigens ist diese Haftpflicht keine absolute[3]). Die Verantwortlichkeit des Herrn und Aufsichtspflichtigen geht nicht weiter, als im Rahmen der Anstellung[4]) resp. Aufsichtspflicht rechtswidrige Verletzung Dritter durch die Untergebenen zu verhindern. War die Verhinderung unmöglich, so ist der Pflichtige frei[5]). Es bedarf einer näheren Entwickelung dieses Prinzips für die einzelnen Fälle.

I. Die Verantwortlichkeit des Herrn besteht nach heutigem Recht nicht blos für eigentliche Angestellte, sondern für alle Personen, die Jemand zu einer Verrichtung bestellt hat[6]). § 831 BGB. Die Fassung des Gesetzes ist die denkbar weiteste[7]). Ein Verhältniß von

2) Vgl. F. Pollock, The law of torts (1887), v. Bar in Grünhut's Ztschr. Bd. 4 S. 69ff.; Art. 1384 Code Nap. u. die Verhandl. des 17. u. 18. deutschen Juristentags.

3) Wie die Haftung des Schuldners in bestehender Verbindlichkeit für seine gesetzlichen Vertreter und Personen, deren er sich zur Erfüllung der Verbindlichkeit bedient. S. § 278 BGB. u. oben § 157 Ziff. II. v. Liszt S. 104ff.

4) Der Herr kann nicht für die gesammte Lebensführung des Angestellten aufkommen. Der Angestellte bleibt auch selbständige Person.

5) So auch ausdrücklich Art 1384 i. f. Code Nap., dessen Bestimmungen man vielfach für die absolute Haftpflicht in Anspruch genommen hat. „La responsabilité ci dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans ne prouvent, qu'ils n'ont pu empêcher le fait, qui donne lieu à cette responsabilité." Unser Gesetz enthält nur eine Verbesserung und Präzisirung dieser Bestimmung. Der Grundgedanke der Vermuthung eines Verschuldens des Haftpflichtigen ist festgehalten.

6) Soweit wir hier den Ausdruck „Herr" verwerthen, geschieht es der Kürze halber (für Dienstherr, Geschäftsherr u. dgl., wobei die große Ausdehnung des Begriffs der Geschäftsbesorgung für Andere in Betracht kommt! S. o. §§ 252ff.). Daneben gibt es auch noch Fälle, für die der Ausdruck „Geschäftsherr" nur im übertragenen Sinne paßt, z. B. bei Haftung des Staats für gewisse Beamte und bei Haftung der „Gesellschaft" für einen geschäftsführenden Gesellschafter. S. u. Noten 10 u. 11.

7) Die Verrichtungen können rein thatsächliche sein.

längerer Dauer wird nicht verlangt; es kann sich um kurze, vorübergehende Dienst- oder Auftragsverhältnisse, um einen Werkvertrag 2c. handeln. Natürlich gehören auch alle Anstellungsverhältnisse hierher, soweit sie sich auf geschäftliche[9]) oder andere Verrichtungen beziehen[9]); von der Anstellung des Dieners bis hinauf zu der des Beamten[10]) und geschäftsführenden Gesellschafters[11]) 2c. Gleichgültig ist, ob die Verrichtungen entgeltlich oder unentgeltlich übernommen, ob sie mit einer Vertretungsmacht für den Geschäftsherrn verbunden oder nicht verbunden sind. Gleichgültig ist auch, ob die Uebertragung der Verrichtung mit ausdrücklichen Worten oder indirekt geschehen ist[12]). Nur muß eine wirkliche Bestellung vorliegen: für einen Geschäftsführer ohne Auftrag haftet also der Geschäftsherr nicht. Daß die Bestellung nach Außen hin erkennbar hervorgetreten sei, wird nicht zu fordern sein[13]). Dagegen darf sie nicht von der Art sein, daß die Verrichtung (nach ihrer Natur oder den allgemeinen Verkehrsregeln) *unabhängig von den Weisungen des Geschäftsherrn zu erfolgen hat.* Steht letzterem keine Prüfung der Zuverlässigkeit des Geschäftsführers, noch das Recht auf Instruktionen an denselben zu, so kann er für dessen Thaten auch nicht haftbar gemacht werden[14]).

1. Unter diesen Voraussetzungen haftet der Herr auf Ersatz des

---

8) Auch kaufmännische und gewerbliche Anstellungen. — Ueber die Haftung des Schiffsrhebers und Schiffseigenthümers für die Schiffsbesatzung von See- und Flußschiffen s. jedoch die Spezialbestimmungen unten § 334 Note 2.

9) Z. B. die Veranstaltung einer Lustbarkeit, eine Kur, einen bestimmten Unterricht.

10) Soweit § 831 BGB. auf das Beamtenverhältniß Anwendung findet. Vgl. o. § 329 Ziff. II Note 43.

11) S. auch Entsch. d. RG. Bd. 10 S. 301.

12) Vgl. Entsch. d. RG. im Rhein. Archiv f. Civil- u. Kriminalrecht Bd. 81 Abth. III S. 116.

13) A. M. Dernburg § 387 zu Note 4. Auch die ausländische Jurisprudenz weiß von diesem Kriterium nichts. — Die richtige Begrenzung ergibt sich vielmehr aus dem weiter im Text Gesagten. Danach entscheide ich zwanglos alle von Dernburg vorgebrachten Fälle. Zuzugeben ist endlich, daß die Erkennbarkeit gewöhnlich vorliegen wird. Wie käme sonst auch der Verletzte dazu, einen Dritten in Anspruch zu nehmen?!

14) *Hier ist das Verschulden des Geschäftsherrn nicht denkbar,* auf dessen *Vermuthung* die Haftpflicht des § 831 BGB. beruht. S. schon Crome-Zachariä, Franz. Civilr. II § 417 Note 5, Entsch d. RG. Bd. 10 S. 287 u. jetzt auch Planck § 831 Note 2a. Z. B. ich hafte nicht für Schadenszufügungen in einer Fabrik, bei der ich etwas in Arbeit oder Reparatur gegeben habe; nicht für einen Kommissionär, der für mich Waaren ein- oder verkaufen soll; nicht für einen Droschkenkutscher, der auf der Straße, während ich im Wagen sitze, ein Kind überfährt, sofern in allen diesen Fällen keine besonderen Umstände vorliegen (z. B. Anweisung an den Kutscher, verkehrswidrig schnell zu fahren, damit ich noch rechtzeitig zur Bahn komme).

Schadens, den der Bestellte in Ausführung der übertragenen Verrichtung einem Anderen widerrechtlich zufügt.

a) Ob die Verletzung in Ausführung der übertragenen Verrichtung zugefügt ist, wird sich in erster Linie nach dem Umfang dieser Verrichtung beurtheilen[15]). Was zur Vollziehung gehört oder in Ausführung dieser Vollziehung begangen ist, fällt dem Herrn zur Last[16]). Dagegen scheiden die Handlungen aus, die nur bei Gelegenheit der Ausführung begangen sind[17]).

b) Der Schaden muß widerrechtlich zugefügt sein. Dies ist rein objektiv zu verstehen[18]). Kenntniß der Widerrechtlichkeit auf Seiten des Angestellten[19]) ist nicht erforderlich. Daher haftet der Herr auch wenn der Ausführende unzurechnungsfähig ist[20]). § 831 statuirt kein Einstehen für das Delikt, sondern schlechtweg für die unrechte That des Anderen. Begeht auch der Ausführende ein Delikt, so haftet der Herr neben dem Thäter[21]). § 840 Abs. 2[22]).

2. Zur Ablehnung seiner Ersatzpflicht kann der Herr den Gegenbeweis führen[23]), daß er entweder

a) bei der Auswahl der bestellten Person[24]) — oder falls ihm die nähere Leitung ihrer Thätigkeit, oder Beschaffung der zur Arbeit erforderlichen Vorrichtungen und Geräthschaften oblag[25]), bei der Leitung

---

15) Die Feststellung dieses Umfangs ist That- resp. Auslegungsfrage.

16) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 24 S. 125, 334 ff., Bd. 32 S. 35 u. Cit.

17) S. schon über die gleiche Unterscheidung oben Bd. I § 48 Note 12 und Cit. — Dagegen ist nicht ausgeschlossen, daß der Herr, welcher einen notorisch streitsüchtigen oder diebischen Gesellen schickt, dadurch selbst ein Delikt im Sinne des § 823 BGB. begeht. — Hat ein Dienstbote auf den Namen der Herrschaft Waaren entnommen, so kommt es darauf an, ob ein Auftragsverhältniß in dieser Hinsicht nach Verkehrsgrundsätzen noch angenommen werden kann (z. B. ein Kutscher hat keine Fleischwaaren oder Delikatessen einzukaufen). Ebensowenig haftet der Prinzipal, wenn Jemand mit seinem Angestellten auf besondere Rechnung Börsengeschäfte macht.

18) S. o. Bd. I § 107 bes. Ziff. 3.

19) Also im Sinne von § 331 Note 5 ff.

20) Dagegen haftet der Herr nicht als Dritter sondern als Selbstthäter, wenn er intellektueller Urheber ist (s. § 331 Note 38), also die Unzurechnungsfähigkeit des Anderen benutzt hat.

21) Ueber das Verhältniß der beiderseitigen Haftung s. u. § 338.

22) Der Verletzte hat zur Inanspruchnahme des Herrn die Bestellung des Ausführenden zu der Verrichtung zu beweisen, in deren Ausführung die widerrechtliche Beschädigung erfolgte. S. aber auch noch unten Note 25.

23) Die Beweispflicht des Herrn für Ziff. 2 bringt die Fassung des § 831 deutlich zum Ausdruck. — Der Herr führt damit den Gegenbeweis gegen seine gesetzlich vermuthete Verschuldung. Auch der allgemeine Beweis mangelnder Verschuldung nach § 331 resp. Bd. I § 109 steht ihm frei.

24) S. dazu Entsch. d. RG. Bd. 38 S. 303.

25) Bestreitet der Herr diese Obliegenheiten, so wird sie der Verletzte zu beweisen haben.

oder Beschaffung der letzteren[26]) die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe[27]);

b) oder (statt dessen), daß der konkrete Schaden[28]), um dessen Ersatz es sich handelt, auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre[29]).

3. Die gleiche Verantwortlichkeit wie den Geschäftsherrn trifft denjenigen, der für den Geschäftsherrn die Auswahl von Arbeitern, Gehülfen, oder die nähere Leitung ihrer Thätigkeit resp. Beschaffung der Arbeitsbedingungen im Sinne Ziff. 2a vertraglich[30]) übernommen hatte[31]). § 831 Abs. 2. Derartige Personen sind z. B. Betriebsleiter, Bauführer, Werkführer, Maurerpoliere u. dgl. Dieselben haften also im oben bezeichneten Rahmen dem Verletzten; und zwar neben dem Geschäftsherrn, wenn dieser bei Gebrauch, Auswahl oder Instruktion ꝛc. des Betriebsleiters gleichfalls gegen die Voraussetzungen des § 831 verstoßen hatte[32]).

II. Die Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen trifft alle Personen, denen gesetzlich[33]) die Führung der Aufsicht über Jemand zusteht, der wegen Minderjährigkeit oder wegen seines geistigen oder körperlichen Zustands der Beaufsichtigung bedarf[34]). § 832 BGB. Hierhin gehört die Aufsicht der Eltern über

26) Der Gegenbeweis des Herrn bezieht sich also darauf, daß bei ihm weder eine sog. culpa in eligendo noch in custodiendo vorlag.

27) Dazu wird aber der Nachweis genügen, daß der Herr im Allgemeinen die zur Verhütung solcher Unfälle ausreichenden (zweckmäßigen) Anordnungen getroffen habe; z. B. wenn ein Brand vorliegt, das Dienstmädchen angewiesen habe, nur mit der Laterne auf den Boden zu gehen, und dazu eine Laterne angeschafft habe ꝛc. Eventuell steht dem Verletzten der Gegenbeweis offen, daß die Einrichtungen für den vorliegenden Fall nach Verkehrsgrundsätzen unzureichend gewesen seien. Aehnlich wie oben § 157 zu Note 39 ff. — Ueber die Haftung eines Rechtsanwalts für Veruntreuungen seines Bureaugehülfen s. Entsch. d. RG. Bd. 14 S. 283.

28) Nicht derselbe Unfall, der den Schaden herbeiführte.

29) Z. B. der Herr hatte einen notorisch nachlässigen Kutscher, der den Fahrgast zu spät beförderte, sodaß dieser ein wichtiges Geschäft versäumte. Die Straße war aber zur richtigen Zeit durch einen Militärtransport gesperrt.

30) Nicht blos thatsächlich. Doch kann der Betreffende nach § 823 BGB. haftbar sein.

31) Den Beweis der Uebernahme hat der Verletzte zu führen.

32) Also je nach der Verschiedenheit der Fälle kann der Arbeiter, der Betriebsleiter und der Geschäftsherr, oder nur einer oder zwei von ihnen haften. — Ueber das Verhältniß der Haftung Mehrerer s. u. § 338.

33) Wegen vertraglicher Uebernahme der Aufsichtspflicht durch andere Personen s. u. Ziff. 3. — Die Anordnung des Gesetzes hat praktische Bedeutung, indem durch die vertragliche Uebernahme die Verantwortlichkeit des kraft Gesetzes Aufsichtspflichtigen nicht immer ausgeschlossen wird (s. daselbst).

34) Also nicht jede cura debilium personarum nach § 1910 BGB. (s. Bd. I § 42 nach Note 2) begründet diese Aufsichtspflicht; sondern nur ein solches

ihre ehelichen[35]), der Mutter über ihre unehelichen Kinder, — diejenige des Vormunds, Pflegers, Lehr- oder Dienstherrn resp. Lehrers über ihre minderjährigen Kinder, Mündel, Lehrlinge, Dienstboten ꝛc., wie sie sich aus dem Familien-, Gewerbe-, Schul- und Gesinderecht[36]) ergibt; in gleicher Weise die des Vormunds, Pflegers über großjährige aufsichtsbedürftige (geisteskranke ꝛc. oder körperlich gebrechliche) Mündel und Pflegebefohlene[37]).

1. Der Aufsichtspflichtige haftet auf Ersatz des Schadens, den der Aufsichtsbedürftige einem Anderen[38]) widerrechtlich zufügt. Dies ist auch hier rein objektiv zu verstehen. Der Beaufsichtigte wird oft unzurechnungsfähig sein[39]). Begeht der Beaufsichtigte durch die That selbst ein Delikt, so haftet der Aufsichtspflichtige neben ihm. § 840 Abs. 2[40]).

2. Zur Ablehnung seiner Ersatzpflicht kann der Aufsichtspflichtige den Gegenbeweis führen[41]), daß er entweder

a) seiner Aufsichtspflicht genügt, z. B. die nothwendigen Anordnungen und Vorrichtungen zur Verhütung von Verletzungen durch die beaufsichtigte Person getroffen habe[42]), oder

b) daß der Schaden auch bei gehöriger Führung der Aufsicht entstanden wäre[43]).

3. Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, der vom gesetzlich Aufsichtspflichtigen die Führung der Aufsicht durch Vertrag[44]) übernommen hat[45]). § 832 Abs. 2. Derartige Personen

---

Verhältniß, das den Zweck hat, eine Verletzung Dritter durch die beaufsichtigte Person zu verhüten. Daher auch nicht das Verhältniß des Untergebenen zum Vorgesetzten in Kirche, Staat und Familienleben (z. B. über großjährige gesunde Kinder, die noch im Elternhause leben, über Dienstboten ꝛc.). Hierwegen kann nur eventuell Ziff. I oben Platz greifen.

35) Resp. über die den ehelichen gleichgestellten Kinder.

36) Im Gegensatz zu Ziff. 3 unten.

37) Vgl. o. Note 34. — Hierneben bleiben noch die landesrechtlichen Vorschriften unberührt, zufolge deren Eltern ꝛc. für den Schaden haften, den ihre Kinder und Pflegebefohlene durch Uebertretung der zum Schutze von Feld- und Forstgrundstücken u. dgl. erlassenen Strafgesetze verursacht haben. Art. 107 EG.BGB. S. o. § 326 Note 14.

38) Nicht sich selbst. Hierwegen gelten die allgemeinen Grundsätze.

39) Es gilt das oben Note 18 ff. Gesagte.

40) Der Verletzte hat außer der rechtswidrigen Schadenszufügung nur die Aufsichtspflicht des Dritten zu beweisen.

41) S. o. Note 22.

42) Der Aufsichtspflichtige beweist damit, daß seinerseits keine culpa in custodiendo vorliege. Das Detail ist wie in Note 27 zu formulren.

43) S. o. Note 28.

44) Nicht blos thatsächlich. Doch kann der Uebernehmer nach § 823 BGB. haftbar sein.

45) Den Beweis der Uebernahme hat der Verletzte zu führen.

sind z. B. Krankenwärter, Institutsvorsteher, Inhaber einer Irrenanstalt[46]) ꝛc. Auch diese haften also im obigen Umfang dem Verletzten; und zwar neben dem gesetzlich Aufsichtspflichtigen, wenn dieser bei Auswahl ꝛc. des Uebernehmers gegen die Voraussetzungen des § 832 verstoßen hatte[47]).

§ 334.

β. Haftpflicht im Großbetrieb (Haftpflichtgesetz).

Das Bedürfniß einer Haftpflicht des Unternehmers im Großbetrieb, namentlich bei gewissen industriellen Unternehmungen und den hauptsächlichsten Transportanstalten, für im Betriebe eingetretene Personenunfälle: sei es von Angestellten des Betriebs oder dritten Personen[1]), hatte sich in der Neuzeit (mit dem großen Aufschwung dieser Unternehmungen) immer deutlicher fühlbar gemacht[2]). Der Betrieb hängt vom Zusammenwirken zahlreicher Kräfte ab, deren Ineinandergreifen dem Außenstehenden ebenso unbekannt ist, wie die Organisation des ganzen Unternehmens. Der Verletzte kann daher nicht leicht den Schuldigen herausgreifen, um sich an ihm schadlos zu halten, abgesehen davon daß der einzelne Angestellte meist zahlungsunfähig ist. Den Beweis der Schuld kann der Verletzte meist nicht führen; anderseits ist es nur gerecht, daß der Unternehmer, der den Gewinn aus dem Betrieb zieht, bis zu gewissem Grad auch dessen Gefahren zu tragen hat[3]). Diese

46) S. dazu Schultze, Archiv f. bürg. Recht Bd. 17 S. 99.

47) Also wenn der gesetzlich Aufsichtspflichtige nicht nachweisen kann, daß in der Art der Unterbringung keine Verletzung der eigenen Aufsichtspflicht enthalten ist. — Ueber die eventuelle Haftung Mehrerer s. u. § 338.

1) Insbesondere der Reisenden. — Ueber den Begriff des Unfalls s. Entsch. d. RG. Bd. 29 S. 42 u. oben § 294 Note 48.

2) Schon im röm. Recht hafteten Schiffer, Wirthe und Stallhalter für die von ihren Leuten verursachte Beschädigung und Entwendung von Sachen (vgl. tit. Dig. 4, 9). Dies wurde in Deutschland auch auf andere Verhältnisse, besonders den gewerblichen Landtransport ausgedehnt. Im neuesten Recht ist diese Haftung (abgesehen von der der Gastwirthe, s. o. § 278) jedoch wieder auf Verschulden herabgesetzt (vgl. §§ 429, 606 HGB. u. § 58 BinnenschiffahrtsG. v. 15. Juni 1895). Nur Eisenbahnen haften nach § 456 HGB. bis zur höheren Gewalt. Der Rheder eines Seeschiffs und Eigenthümer eines Flußschiffs haftet nach §§ 485 ff., 734 HGB. bezw. §§ 3 ff. BinnenschiffahrtsG. ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden für den Schaden, den eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten in Ausführung der Dienstverrichtungen schuldhaft zufügt (jedoch unter Beschränkung auf Schiff und Fracht). Landesgesetzlich tritt (auf Grund des Art. 105 EG.HGB.) z. B. noch das preuß. EisenbahnG. v. 3. Nov. 1838 § 25 hinzu, wonach die Bahn sich von der Haftung für Betriebsschäden nur durch den Nachweis eigener Schuld des Beschädigten oder eines unabwendbaren äußeren Zufalls befreien kann. Dies gilt sowohl für Sach- als Personenbeförderung.

3) S. o. Bd. I § 110 Ziff. 1. — Die Haftpflicht kann mit den Arbeitern des Betriebs nicht im Voraus durch Vertrag ausgeschlossen werden. § 5 RHaft-

Erwägungen zeitigten verschiedene gesetzliche Bestimmungen, die theilweise noch ihre Bedeutung behalten haben, theils durch das neuere Recht überholt sind[4]).

I. Den ersten Anstoß gab der moderne Eisenbahnbetrieb. Hierüber bestimmt nach Vorgang einiger Partikularrechte[5]) das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871[6]) § 1: wird beim Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt[7]) oder durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten[8]) verursacht ist.

Diese Vorschrift bezieht sich auf Bahnangestellte wie auf Dritte. Hinsichtlich der ersteren ist sie heutzutage in der Hauptsache durch die Unfallversicherungsgesetzgebung[9]) gegenstandslos geworden. Dagegen kommt sie den Reisenden und anderen unbetheiligten Personen in alter Weise fortlaufend zu Gute.

Die Vorschrift bezieht sich auf Eisenbahnen aller Art, also auf Transportanlagen für Güter und Menschen[10]) durch Beförderungsmittel auf eisernen Schienensträngen[11]), sofern der Unfall[12]) sich im Betriebe, d. i. bei der Beförderung und den dazu gehörigen Vorbereitungen[13]) ereignet, und auf die diesem Betrieb eigenthümlichen besonderen Gefahren zurückzuführen ist[14]).

---

pflichtG. v. 7. Juni 1871, und für die weitergehenden preuß. Bestimmungen (vorige Note) Ges. v. 3. Mai 1869.

4) Ueber die Person des Ersatzberechtigten s. § 3 RHaftpflichtG. und unten § 339.

5) Z. B. des Note 2 erwähnten preuß. und eines ähnlichen österreich. Gesetzes.

6) Vgl. Römer in d. Ztschr. f. Handelsr. Bd. 18 S. 1; Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze § 49 Note 15 ff. sowie die Kommentare des Gesetzes (besonders Eger 1900).

7) S. Bd. I § 110 Ziff. 2.

8) S. Bd. I § 111.

9) S. o. § 294.

10) Daher z. B. nicht fahrbare Krahnanlagen. Entsch. d. ROHG. Bd. 13 S. 373.

11) Oeffentliche oder private, ober- oder unterirdische, und ohne Rücksicht auf die Beförderungskraft (Dampf, Pferdekraft, Elektrizität, Luftdruck ꝛc.). Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 25 S. 203 u. d. RG. Bd. 2 S. 38, Bd. 6 S. 37, Bd. 7 S. 40, Bd. 13 S. 17. Aber nicht auf Automobile.

12) S. o. Note 1.

13) Dazu gehören alle der Eisenbahn als solcher eigenthümlichen Arbeiten (einschließlich des Ein- und Aussteigens, Ein- und Abladens in die Wagen, soweit die dem Eisenbahnbetrieb eigenthümliche Gefahr dabei obwaltet), — aber nicht Unfälle beim Bahn- oder Maschinenbau, oder in Restaurationen, Güterschuppen, Beamtenwohnungen. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 16 S. 373 u. d. RG. Bd. 2 S. 9 u. 85.

14) Selbstverständlich muß Kausalzusammenhang vorliegen. — Es wird aber

1. Unter diesen Voraussetzungen haftet der Betriebsunternehmer[15]) d. i. wer den Bahntransport auf eigene Rechnung betreibt[16]); und zwar bei kombinirten Betrieben jeder Unternehmer für Unfälle in seinem Betrieb[17]) resp. auf seiner Strecke[18]). Ob einen Angestellten ein Verschulden trifft[19]), ist für die Haftung des Unternehmers gleichgültig; letzterer haftet nicht für ein Delikt seines Untergebenen, sondern selbständig[20]).

2. Zur Ablehnung seiner Ersatzpflicht kann der Unternehmer hier lediglich unter Beweis stellen[21]), daß der Unfall durch höhere Gewalt[22]) oder eigenes Verschulden des Verletzten[23]) eingetreten sei[24]).

II. Aehnlich haftet bei Reisen mit den ordentlichen Posten die Postverwaltung für körperliche Beschädigung eines Reisenden, wenn dieselbe nicht erweislich durch höhere Gewalt oder durch eigene Fahrlässigkeit des Reisenden herbeigeführt ist. § 11 des RPostG. v. 28. Oktober 1871.

III. Wesentlich anders gestaltet ist die Haftpflicht bei industriellen Unternehmungen. § 2 RG. v. 7. Juni 1871. Danach haftet, wer ein Bergwerk[25]), einen Steinbruch, eine Gräberei[26]) oder eine Fabrik[27]) betreibt[28]), wenn ein Bevollmächtigter, Repräs-

---

zugleich verlangt, daß der Zusammenhang auf der besonderen Gefahr des Eisenbahntransportes beruht. So das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen. Vgl. z. B. Bd. 1 S. 53, Bd. 2 S. 9, Bd. 3 S. 21. Dernburg § 401 Note 10.

15) Nicht der Bahneigenthümer.

16) Dies kann natürlich auch der Staat sein. — Mehrere Unternehmer eines gemeinschaftlichen Betriebs haften als Gesammtschuldner.

17) So z. B. wenn dasselbe Bahngeleise mehreren Betrieben dient.

18) So z. B. bei durchgehenden Zügen oder Bahnwagen.

19) Solchenfalls haftet natürlich auch der Schuldige nach allgemeinen Grundsätzen (aber dies will praktisch nicht viel besagen).

20) Vgl. o. § 333 vor Noten 21 u. 40.

21) Also die Entschuldigungsgründe sind erheblich beschränkter als in § 333 Ziff. I oben. § 1 RHaftpflichtG. geht über § 831 BGB. weit hinaus.

22) Dazu gehört nach Bd. I § 110 Ziff. 2 der Nachweis, daß alles Nöthige zur Abwendung oder Minderung drohender Gefahren geschehen sei.

23) Liegt auch ein Verschulden der Bahnangestellten vor, so wird der Betriebsunternehmer nach den Grundsätzen Bd. I § 111 regelmäßig nicht befreit, da das Verschulden des letzteren meist als das nach Lage der Sache überwiegende angesehen werden muß. Vgl. Entsch. d. ROHG. Bd. 10 S. 411 u. d. RG. Bd. 1 S. 48 ff. Anders bei besonderem Leichtsinn oder gar absichtlichem Handeln des Verletzten.

24) Wegen des Umfangs der Ersatzpflicht s. u. § 339.

25) Einschließlich der Aufbereitungsanstalten für Bergwerkserzeugnisse (Wäschen, Pochwerke), soweit sie zu einem Bergwerk gehören.

26) Grube (z. B. Mergel-, Kies-, Sand-, Thon-, Lehmgruben ꝛc.).

27) S. über den Begriff der Fabrik oben § 262 Note 3. Darunter gehören auch Hüttenwerke und unter Umständen die oben Note 25 genannten Aufbereitungsanstalten, soweit sie mit einer Fabrik in Verbindung stehen.

28) Dies ist ähnlich wie bei Eisenbahnen zu verstehen; nur daß an Stelle

sentant, oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs oder der Arbeiter angenommene Person durch ein in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen begangenes Verschulden den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen herbeiführt, für den daraus entstandenen Schaden. Diese Haftpflicht ist beschränkter als die der Eisenbahnen und Posten. Einmal insofern, als der Unternehmer nicht für jeden Betriebsunfall haftet, sondern nur für seine Angestellten[29]). Aber er haftet auch nicht für alle Angestellten, sondern nur für gewisse höhere, den Betrieb leitende Personen[30]) oder Vorarbeiter[31]), in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen[32]). Dagegen ist heutzutage der Geschäftsherr im Allgemeinen für seine sämmtlichen Arbeiter (freilich unter Vorbehalt des Gegenbeweises seiner Schuldlosigkeit) verantwortlich[33]). § 831 BGB. Diese Entlastungsmöglichkeit fehlt beim Großbetriebe. Der Unternehmer hat unbedingt für die genannten leitenden Organe einzustehen. Dafür muß deren Verhalten sich als Verschulden qualifiziren[34]); und dieses Verschulden hat der Verletzte zu beweisen[35]).

In dieser Art geht die Haftung im Großbetriebe theils weiter, theils weniger weit als die heutige allgemeine des Geschäftsherrn, so daß sie durch diese überholt wird[36]). Uebrigens ist das Spezialgesetz wesentlich zum Schutze der Arbeiter in den genannten Betrieben

---

der Beförderung die Produktion resp. Förderung der Fossilien 2c. ans Tageslicht tritt.

29) Also in der Art des § 831 BGB. S. o. § 333 Ziff. I.

30) Mögen es Angestellte oder z. B. ein Gesellschafter des Unternehmers sein, der diese Funktion übernommen hat. Er gehört unter die Kategorie der Bevollmächtigten oder Repräsentanten. S. auch Entsch. d. ROHG. Bd. 18 S. 216.

31) Auch gewöhnliche Arbeiter, wenn ihnen ein Kommando über Andere, oder (wie z. B. Kesselwärtern) eine bestimmte Branche ausschließlich übertragen ist. Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 29, Bd. 3 S. 4.

32) Letztere Begrenzung entspricht derjenigen in § 831 BGB. S. o. § 333 Noten 15—17.

33) S. o. § 333 zu Noten 6 u. 23 ff. — Und unter dem Vorbehalt, daß wenn der Unternehmer in gehöriger Weise einen derartigen Betriebsleiter bestellt hatte, dieser verantwortlich ist. S. das. Note 30 ff.

34) Im Gegensatz zu oben § 333 Note 18 ff.

35) Von einer Umkehrung der Beweislast (wie in § 1 d. Ges. und wie in § 831 BGB.) ist nicht die Rede. — Konkurrirendes eigenes Verschulden des Verletzten befreit den Unternehmer regelmäßig nicht, weil den Anordnungen der Betriebspersonen Folge zu leisten ist (ihr Antheil an dem Unfall ist daher gewöhnlich der überwiegende). Anders bei besonderem Leichtsinn oder gar absichtlicher Verletzung. S. o. Note 23 u. z. B. Entsch. d. ROHG. Bd. 16 S. 111, Bd. 19 S. 27.

36) Der Verletzte muß zusehen, welche Bestimmungen ihm im gegebenen Falle am günstigsten sind. Entscheidend ist hauptsächlich, ob er den nach dem Haftpflichtgesetz erforderlichen Schuldbeweis führen kann.

erlassen worden, und in dieser Hinsicht größtentheils durch die moderne Unfallversicherung ersetzt[37]). Aus beiden Gründen ist der Anwendungsbereich heutzutage nur noch gering[38])[39]).

§ 335.

γ. Beschädigung durch Bauwerke.

Ein Bedürfniß erweiterter Haftung[1]) macht sich auch für den Fall geltend, daß durch *Einsturz* eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werkes[2]) oder durch *Ablösung von Theilen* an denselben[3]) ein Schaden entsteht. §§ 836—838 BGB. Der Baumeister ist hier oft schwerlich mehr in Anspruch zu nehmen; anderseits soll der Besitzer eines Bauwerks *dessen Verfall, soweit er das Publikum bedroht*[4]), *verhindern*. Daraus ergibt sich eine Entschädigungspflicht des Besitzers für Unfälle[5]), es sei denn daß er sie nicht verhindern konnte[6]).

---

37) S. o. § 294. Uebrigens auch noch unten § 338 Noten 32, 34, 49 ff.

38) Wegen des Inhalts der Ersatzforderung s. u. § 339.

39) Landesrechtlich besteht noch eine besondere Haftpflicht für Schäden aus *konzessionirten Anlagen oder Betrieben (aller Art) auf Grundstücken, die dem öffentlichen Gebrauche dienen*. Hier wird der Unternehmer vielfach für den Schaden verantwortlich gemacht, der durch die Anlage oder den Betrieb beim öffentlichen Gebrauch des Grundstücks verursacht wird. Vgl. Art. 106 EG.BGB. u. z. B. Bayr. AG. Art. 59, Hess. AG. Art. 75 ꝛc. Diese Vorschrift trifft besonders Sachschäden und reiht sich den oben Note 2 genannten Bestimmungen an. (Ist die Anlage nicht konzessionirt, so gelten die allgemeinen Grundsätze der Deliktshaftung.) S. Prot. Bd. 6 S. 421.

1) Daß, wer *selbst schuldhaft* den Gebäudeeinsturz ꝛc. verursacht, z. B. nachlässig gebaut hat, für den entstandenen Schaden haftet, versteht sich nach § 823 BGB. von selbst. — Hier handelt es sich, da solch ein Bauwerk oft längere Zeit steht, um die Haftung dritter Personen. Wegen Beschädigung durch andere Sachen s. o. § 332 Ziff. 2.

2) Z. B. eines Dammes, einer Wasserleitung, eines Brunnens, Denkmals, einer Dekoration, Terrasse, eines Gerüstes für die Aussicht. — Das Werk braucht keineswegs gemauert zu sein. Aber ein Baum oder natürlicher Felsblock ist kein „Werk" (in dieser Hinsicht erschien eine Sonderbestimmung überflüssig).

3) Des *Gebäudes* (z. B. Dachziegel, Bildnisse) oder der genannten *anderen Werke*. — Fällt etwas herab, was nicht ein Theil des Bauwerks war (z. B. Blumentöpfe), so ist die Haftung des Hausbesitzers ꝛc. aus §§ 836 ff. BGB. nicht begründet. S. o. § 332 Note 5.

4) Droht *dem Nachbargrundstück* Gefahr, so ergeben sich aus dem Nachbarrecht besondere Ansprüche. S. § 908 BGB. und das Sachenrecht.

5) Das röm. Recht kannte eine solche nur höchst unvollkommen im Wege der sog. cautio damni infecti. Ueber die bisher in Deutschland gültigen ebenfalls ungenügenden Bestimmungen s. Motive Bd. 2 S. 815 ff. In ähnlicher Weise wie hier gewährte dagegen schon längst das franz. Recht Schutz (Art. 1386 Code Nap.) Doch enthält letzteres nicht die dem Verletzten günstige Vertheilung der Beweislast. — Bei drohender Gefahr greift heutzutage auch die Polizeibehörde ein.

Die Vorschrift richtet sich gegen den Verfall des Bauwerks. Eine besondere Voraussetzung der Haftpflicht[7]) ist daher, daß der Einsturz oder die Ablösung eine Folge fehlerhafter Errichtung des Werks durch den Erbauer[8]), oder mangelhafter Unterhaltung gewesen sei. Für Zusammenstürze oder Ablösung, die auf andere Art (z. B. durch Erdbeben, Bodensenkungen oder in Folge heftigen Sturmes eintreten), ist also der Besitzer des Bauwerks nicht verantwortlich[9]).

1. Unter diesen Voraussetzungen haftet der Besitzer des Grundstücks für den Schaden, den durch den Einsturz oder die Ablösung ein Mensch an seinem Körper oder seiner Gesundheit nimmt, sowie für Sachschäden.

a) Die Verantwortlichkeit besteht also für Tödtung, Körper- und Gesundheitsverletzung[10]), sowie für Sachbeschädigungen, sofern sie durch den Einsturz ꝛc. herbeigeführt sind[11]). Ersatzberechtigt ist der Verletzte oder Beschädigte[12]).

b) Ersatzpflichtig ist, wer das Grundstück als ihm gehörend besitzt (der sog. Eigenbesitzer), nicht der Eigenthümer[13]). Und zwar der gegenwärtige Besitzer[14]), auch wenn ein früherer das Grundstück

---

Dann kann der Hausherr in die Lage kommen, das Schutzgesetz des § 367 Ziff. 13 StGB. zu verletzen. Die Folge ist Delikt nach Maßgabe von § 326 oben.

6) Diesen Gegenbeweis hat der Besitzer zu führen. — Die Haftung für Beschädigung durch Bauwerke ist also nach Art der oben § 333 Ziff. I besprochenen geordnet. S. auch daselbst zu Note 5.

7) Die der Verletzte ebenso zu beweisen hat, wie daß er durch den oben besprochenen Einsturz ꝛc. verletzt sei. — Die verschiedene Vertheilung der Beweislast geht aus der Ausdrucksweise des § 836 deutlich hervor.

8) Darin kann ein Verschulden des Erbauers liegen; nothwendig ist dies aber nicht. Und für die Haftung des Besitzers kommt es nicht darauf an. Für diese genügt, daß die Errichtung objektiv fehlerhaft war.

9) Es sei denn, daß das Werk bei richtiger Konstruktion und Unterhaltung dem Sturm ꝛc. hätte widerstehen müssen. — Anderseits ist gleichgültig, ob der Einsturz ꝛc. äußerlich von selbst oder durch eine besondere Veranlassung (Wind, Regenguß, Menschenhand) stattfand, sofern nur der Kausalzusammenhang mit der fehlerhaften Errichtung oder mangelhaften Unterhaltung des Werks feststeht.

10) S. o. § 325 Note 20 ff. Nicht also für Freiheitsentziehung (z. B. wenn Jemand unter den Trümmern verschüttet wird), sofern keine Körper- oder Gesundheitsverletzung daraus resultirt. (Gesundheitsschädigung kann auch durch Schrecken über das Ereigniß eintreten.)

11) Auch dieser Kausalzusammenhang ist vom Verletzten nachzuweisen (wie oben Note 9).

12) D. i. regelmäßig nur der unmittelbar Verletzte. S. o. § 325 Note 6. Anders nur in den gesetzlich hervorgehobenen Fällen §§ 844 ff. BGB. S. u. § 1339.

13) Denn wenn der Eigenthümer nicht Besitzer ist, kann er sich meist nicht über den Zustand des Grundstücks orientiren und geeignete Schutzmaßregeln treffen. Es ist also das Verschulden nicht denkbar, auf dessen präsumtiver Verletzung die Haftpflicht des § 836 beruht (die Sachlage ist ähnlich wie oben § 333 Note 14).

14) An sich auch der mittelbare Besitzer, da er nach § 868 BGB. auch

gegen die Vorschrift des § 836 vernachlässigt hat, soweit die Abwendung der dadurch bedingten Gefahren noch möglich ist[15]). Der Nachfolger hat das von seinem Vorgänger Versäumte nachzuholen.

Trifft auch den direkten Urheber des Einsturzes ꝛc. (z. B. den Baumeister) eine Verantwortlichkeit[16]), so haftet der Grundstücksbesitzer neben dem Urheber[17]). § 840 Abs. 3.

2. Zur Ablehnung seiner Ersatzpflicht kann der Besitzer den Gegenbeweis führen[18]), daß er zum Zwecke der Abwendung der Gefahr des Einsturzes ꝛc. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe[19]). § 836 Abs. 1.

3. Durch Besitzaufgabe des Grundstücks wird der bisherige Besitzer von der Haftung für seine etwaigen Versäumnisse nicht ohne Weiteres befreit. Vielmehr haftet er noch ein Jahr[20]). Sobald jedoch ein späterer Besitzer bei Beobachtung der ihm obliegenden verkehrsüblichen Sorgfalt Zeit und Gelegenheit hatte, die Gefahr abzuwenden[21]), hört die Haftung des früheren Besitzers auf[22]). So hat der in Anspruch genommene frühere Besitzer des Grundstücks einen doppelten Gegenbeweis:

a) daß er während seiner Besitzeszeit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe[18]), oder

---

Besitzer ist. Doch wird dessen Haftpflicht nach dem Folgenden meist durch diejenige anderer Personen abgelöst, welche das Grundstück unmittelbar besitzen.

15) Dafür kommt auch die zur Verfügung stehende Zeit in Betracht. Soweit der gegenwärtige Besitzer danach befreit ist, kommt der frühere Besitzer an die Reihe. Darüber s. u. Ziff. 3.

16) Was nicht nothwendig ist. Auch kann der Ersatzanspruch gegen ihn längst verjährt sein. — § 836 statuirt kein Einstehen für das Delikt eines Anderen (vgl. o. § 333 Note 18 ff.).

17) Ueber das Verhältniß der beiderseitigen Haftung s. u. § 338.

18) Die Beweispflicht des Besitzers bringt § 836 Abs. 1 i. f. deutlich zum Ausdruck. Der Besitzer entkräftet dadurch die gesetzliche Vermuthung seiner Verschuldung. — Auch der allgemeine Beweis mangelnder Verschuldung nach § 331 resp. Bd. I § 109 steht ihm frei.

19) Auch hier wird (wie oben § 333 Note 27) der Nachweis genügen, daß der Besitzer im Allgemeinen die zur Verhütung solcher Gefahren verkehrsüblichen Maßnahmen getroffen habe (z. B. das Haus von Zeit zu Zeit durch die üblichen Handwerker hat nachsehen lassen). Besondere Beanstandungen liegen dem Verletzten ob. Z. B. daß der Mangel des Bauwerks dem Besitzer erkennbar gewesen sei.

20) Also für die Folgen des Einsturzes ꝛc., wenn dieser innerhalb eines Jahres seit Beendigung seines Besitzes eintritt. Die Zeitberechnung ist die gewöhnliche. Daß die Zeit noch nicht abgelaufen ist, hat der Verletzte zu beweisen.

21) Was im Sinne von Ziff. 2 zu verstehen ist. — Doch ist die Möglichkeit oft durch besondere thatsächliche Umstände bedingt. Z. B. der neue Besitzer verstarb alsbald, und seine Erben hatten noch nicht Gelegenheit, sich mit den Nachlaßgegenständen zu beschäftigen.

22) So haften die beiden Besitzer hintereinander (vgl. o. Ziff. 1b).

b) daß inzwischen der spätere Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können. § 836 Abs. 2.

4. Ist der Grundstücksbesitzer nicht Besitzer des Bauwerks, sondern steht der Besitz des letzteren[24]) kraft besonderen Rechts einem Anderen (auf fremdem Boden) zu[25]), so trifft die Verantwortlichkeit für den Einsturz ꝛc. überhaupt nicht den Grundstücksbesitzer, sondern den Besitzer des Bauwerks[26]). § 837[27]). Durch Bestellung eines solchen Rechts wird aber der Grundstücksbesitzer, der bisher auch das Bauwerk besaß, nicht sofort, sondern nur nach Maßgabe von Ziff. 3 entlastet.

5. Die gleiche Verantwortlichkeit wie den Grundstücksbesitzer oder den besonderen Besitzer des Bauwerks[28]) trifft

a) denjenigen, der die Unterhaltung des Gebäudes resp. Werkes für den Besitzer übernommen hat, z. B. einen Hausverwalter oder sonstigen Beauftragten;

b) ferner solche Personen, die das Werk vermöge eines ihnen zustehenden Nutzungsrechts zu unterhalten haben, wie z. B. Grunddienstbarkeitsberechtigte, den Ehemann, Vater, hinsichtlich des Frauen- und Kindesguts ꝛc. § 838.

Diese Personen haften also direkt dem Verletzten, und zwar eventuell neben dem Grundstücks- oder Werkbesitzer[29]).

§ 336.

δ. Haftung für Thiere*.

I. Wer ein Thier hält, haftet, wenn das Thier einen Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, für den entstandenen Schaden. § 833. Diese Haftung ist unbedingt. Für das Thier haftet, wer es hält: er soll Verletzungen durch das Thier unter allen Umständen

---

23) Dies ist der Gegenbeweis jedes Besitzers (Ziff. 2). — Die Erhaltungspflicht hört selbstverständlich mit dem Verlust des Besitzes für die Zukunft auf.

24) Eigenbesitz kann dies nicht sein, sondern gewöhnlicher Besitz auf Grund des betreffenden Rechts.

25) Das Recht kann ein dingliches oder persönliches Recht sein, z. B. Erbbaurecht, Nießbrauch, Wohnungsrecht, Miethe, Pacht ꝛc..

26) Weil hier der Grundstücksbesitzer sich über den Zustand des Bauwerks regelmäßig nicht hinreichend orientiren kann.

27) Landesrechtlich besteht eine besondere Ersatzpflicht für den Schaden, der durch den Betrieb eines Bergwerks verursacht wird. S. Art. 67 EG.BGB. und unten das Bergrecht.

28) Nach §§ 836, 837 BGB. — Vgl. o. § 333 I u. II Ziff. 3.

29) Ueber das Verhältniß der beiderseitigen Haftung s. u. § 338.

*) Isay in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 39 S. 209.

verhindern, oder dafür einstehen[1]). Er kann sich nicht durch den Nachweis befreien, daß er bei Beaufsichtigung des Thiers die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe und bei Anwendung derselben den Unfall nicht verhindern konnte. Die Haftpflicht für Thiere geht also weiter, als für aufsichtsbedürftige Personen und für Gebäudeeinsturz[2]).

Weil der Thierhalter sich in dieser Weise nicht entschuldigen kann, hat man geschlossen, daß er auch sonst — z. B. durch Berufung auf Unzurechnungsfähigkeit — die Verantwortung nicht ablehnen könne[3]). Doch setzt das Halten des Thiers einen Willensentschluß voraus, zu dem der Unzurechnungsfähige nicht immer befähigt ist[4]).

1. Die Haftpflicht des § 833 besteht für Thiere aller Art, sowohl für Hausthiere als andere, für wilde wie gezähmte Thiere[5]), mag das Thier gemäß oder entgegen seiner gewöhnlichen Natur[6]) den Schaden angerichtet haben. Es haftet der Besitzer, wenn ein Dritter das Thier von der Kette oder aus dem Zwinger, in dem es gehalten

1) Im röm. Recht wurde die Haftung für Thiere auf ein Verschulden des Thieres selbst zurückgeführt; daher bestand die Haftung nur, wenn das Thier den Schaden in besonderer Bosheit oder Erregung (contra naturam sui generis) angerichtet hatte. Vgl. tit. Dig. 9, 1. Der Herr konnte sich durch noxae datio des Thieres befreien. Im preuß. Recht (A.LR. I Tit. 6 §§ 70ff.) sah man ein Verschulden des Herrn darin, wenn er wilde oder gefährliche Thiere ohne obrigkeitliche Erlaubniß u. dgl. hielt. Aehnlich auch der Entwurf des BGB. Danach konnte sich der Halter von Hausthieren durch Beweis verkehrsüblicher Sorgfalt bei Beaufsichtigung des Thieres, oder daß der Schaden auch bei Beobachtung dieser Sorgfalt entstanden sei (konform § 832 Abs. 1 i. f.) entlasten. Dagegen hat der Reichstag die absolute Haftung für alle Thiere aus dem franz. Recht (Art 1385 Code Nap.) übernommen, wo sie sich bewährt hatte.

2) Daraus hat man geschlossen, die Haftung für Thiere sei aus der Rubrik der Haftung für unerlaubte Handlungen ganz zu entfernen. Ifay S. 304ff. Die Fassung des Textes, daß man Verletzungen durch das Thier unbedingt verhindern soll oder dafür verantwortlich ist, wird von dem Einwand nicht getroffen. Der Fall ähnelt der absoluten Einstehungspflicht des Fabrik-, Bergwerksunternehmers 2c. für seine Angestellten nach § 2 HaftpflichtG.. Dazu kommt, daß auf den Umfang der Haftpflicht, Verjährung, Gerichtsstand durchaus die allgemeinen Regeln der unerlaubten Handlungen (s. u. §§ 339ff.) Anwendung finden. S. auch oben § 331 Note 1.

3) Linckelmann S. 82, 111; Oertmann § 833 Note 2c. Dernburg § 396 Note 9. Anders v. Liszt S. 107; Cosack § 166 Note 7.

4) Z. B. wenn einem Wahnsinnigen ein bissiger Hund oder ein entsprungener Affe zuläuft und, von ihm verborgen, hinterher Schaden anrichtet, so ist der Wahnsinnige nicht — bezw. nur nach § 829 BGB. — verantwortlich. Dagegen hält das Thier, wer es in der Erbschaft seines Vaters empfing. Selbstredend haftet auch der Unzurechnungsfähige, wenn sein Vormund oder sonstiger gesetzlicher Vertreter in der Verwaltung des Vermögens des Unzurechnungsfähigen das Thier für den letzteren angeschafft hat.

5) Auch für Bienen. Die Anwendung auf Bazillen in Reinkulturen vertheidigen Oertmann, Planck § 833 Note 2. A. M. Dernburg § 396 Note 8, Enneccerus § 372 Note 1. Ungeziefer wird nicht „gehalten". Dafür besteht also z. B. keine absolute Haftpflicht des Vermiethers einer Wohnung u. dgl.

6) Derartige Unterscheidungen sind im praktischen Leben unbrauchbar.

war, befreit[7]). Ob der Dritte auch selbst haftet, ist eine andere Frage[8]). § 823 BGB. Nur wenn man nicht mehr sagen kann, daß das Thier, sondern der Dritte mittelst des Thiers die Verletzung verursacht hat, fällt die Haftung des Thierhalters hinweg[9]). Hat der Verletzte selbst das Thier losgelassen oder gereizt, so kommt es darauf an, ob die Verletzung vorwiegend von ihm selbst oder dem Thierhalter verursacht erscheint[10]).

2. Die ersatzfähige Verletzung besteht in Tödtung, Körper- oder Gesundheitsverletzung eines Menschen oder in Sachbeschädigung[11]). Dieselbe muß durch das Thier verursacht sein[12]).

3. Ersatzpflichtig ist wer das Thier hält. Dies ist derjenige, der es besitzt und ihm im eigenen Interesse die Lebensbedingungen gewährt. Eigenbesitz ist nicht erforderlich[13]), noch weniger Eigenthum. Entläuft ein Thier, so hört damit das Halten desselben noch nicht auf, sondern erst dann, wenn der Besitz definitiv verloren ist[14]). Umgekehrt wird ein zugelaufenes Thier gehalten, wenn es in eigenem Interesse in Besitz genommen worden ist[15]). Wer fremde

---

7) Vorbehaltlich der Frage, inwiefern dadurch auch der Dritte dem Verletzten haftet, und des Regresses des Thierhalters gegen den Dritten (s. u. § 338). Dem Verletzten haftet der Thierhalter unbedingt. (Er mag das Thier an- oder einschließen; er vertraut ihm auf seine Gefahr.)

8) Der Dritte ist regelmäßig nur für Verschulden verantwortlich.

9) Nach den Regeln der Verursachung. S. o. Bd. I § 108 Ziff. 2. Z. B. wenn er das Thier dermaßen auf einen Anderen gehetzt hat, wie nach gewöhnlichen Umständen nicht vorherzusehen war. — Dies entspricht auch der Regel des § 331 Note 38 oben.

10) Also es gilt die Regel des § 254 BGB. S. Bd. I § 111 Note 7. Hierhin gehört z. B. die Nichtbeachtung einer Warnungstafel vor Betreten eines Gartens mit der Inschrift: „bissige Hunde"! — Haben Thiere sich gegenseitig verletzt, so haften die respektiven Besitzer sich gegenseitig, und tritt eventuell Kompensation ein.

11) Wie beim Gebäudeeinsturz. S. o. § 335 Note 10 ff. u. Cit. — Auch über die Person des Ersatzberechtigten gilt das Gleiche. S. das. Note 12.

12) S. Bd. I § 108. Mittelbare Verursachung genügt. Z. B. Schafe springen, von einem Hunde erschreckt, in den Abgrund. Isay S. 308. — Den Kausalzusammenhang hat der Verletzte zu beweisen.

13) Daher haftet der Miether, Pächter, Entleiher und sonstige Nutznießer des Thieres, falls er ihm die Lebensbedingungen gewährt, was beim Entleihen eines Reitpferds zu einem Spazierritt u. s. w. nicht der Fall ist. Dieserhalb besteht nur eine Haftung nach Ziff. II unten. Dagegen haftet der Pächter eines Landguts für die Thiere, die zum Inventar gehören, auch wenn sie im Eigenthum des Verpächters stehen (s. o. § 240). Zustimmend Dernburg § 396 Ziff. IV, Enneccerus § 372 Note 2, Linckelmann S. 86, Oertmann Note 3, Planck Note 2 c.

14) Was dazu gehört, z. B. bei gezähmten Thieren, ist im Sachenrecht zu erörtern. — Eventuell ist der Verlierer nach § 823 BGB. für das Entweichenlassen verantwortlich.

15) Solange mich das Thier nur begleitet, besteht keine Verantwortlichkeit

Thiere für einen Anderen verwahrt, haftet nicht aus § 833[16]). Wer das Thier in Verwahrung gegeben hat, hält es weiter[17]) und bleibt daher haftpflichtig[18]). Trifft neben dem Thierhalter auch einen Anderen die Verantwortlichkeit, z. B. einen Entleiher oder Verwahrer[19]), oder wird das Thier von Mehreren gehalten[20]), so haften die Betreffenden nebeneinander[21]). S. § 840 Abs. 3.

II. Die gleiche Verantwortlichkeit wie denjenigen, der das Thier hält, trifft den, der *vertragsmäßig die Führung der Aufsicht über das Thier übernommen hat*[22]). Derartige Personen sind z. B. der Verwahrer, momentane Entleiher oder Miether des Thieres[23]) und bestellte Aufseher. Doch haften diese Personen nicht wie der Halter des Thieres unbedingt, sondern nur wie andere Aufsichtspflichtige[24]). Sie können sich von der Verantwortlichkeit daher durch den Gegenbeweis befreien, daß sie bei Führung der Aufsicht über das Thier die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben, oder daß der eingetretene Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre[25]). § 834.

Der Aufsichtspflichtige haftet eventuell neben dem Thierhalter[26]).

---

für dasselbe, sondern nur eventuell eine solche aus § 823. — Dagegen trägt sie der Dieb, der ein Thier stiehlt oder unterschlägt. S. noch oben Noten 4 u. 5.

16) Sondern nur eventuell nach Ziff. II unten.

17) Nach obiger Definition hat er mittelbaren Besitz.

18) Was namentlich für den Fall bedeutsam wird, daß der Verwahrer nach Ziff. II *nicht haftet*, weil er den Beweis seiner Schuldlosigkeit erbringen kann. Andernfalls könnte die ganze Thierhaftung dadurch beseitigt werden, daß mehrere Besitzer ihre Thiere umtauschen scil. einander wechselseitig in Verwahrung geben!

19) Oder den, der das Thier von der Kette gelöst oder gehetzt hat. S. o. Note 8.

20) Von mehreren Miteigenthümern, Mitpächtern u. dgl.

21) Irrig Isay S. 314. Ueber das Verhältniß der beiderseitigen Haftung s. u. § 838. — Der Umfang der Ersatzpflicht ist der gewöhnliche für die betreffenden Schäden (s. § 339). Jedoch bleiben die besonderen *landesrechtlichen Vorschriften* unberührt, welche über die *Beschädigung von Grundstücken durch Vieh* gelten, einschließlich des Rechts der Pfändung der Thiere durch den Grundbesitzer. S. Art. 89 u. 107 EG.BGB. In Betracht kommen die zahlreichen Feld- und Forstpolizeigesetze. S. auch Bd. I § 123 Ziff. 2.

22) Nicht blos thatsächlich. Doch kann der Uebernehmer nach § 823 BGB. haftbar sein.

23) S. dazu oben Note 13.

24) Also wie Aufsichtspflichtige nach §§ 831, 832 BGB. (s. o. § 333). Der Grund ist einmal, daß sie das Thier nicht so genau kennen resp. zu kennen brauchen, wie derjenige der es hält; sodann daß sie nicht mehr als „Aufsicht" *übernommen haben*.

25) Ueber das Detail dieses Gegenbeweises s. o. § 333 Noten 42—43.

26) S. o. Note 21.

§ 337.

c. Wildschaden.

Die Verantwortlichkeit für Wildschaden bezieht sich nicht auf gehaltene, sondern auf wilde Thiere, soweit sie jagdbar sind, und das moderne Jagdrecht[1]) dem Grundbesitzer verbietet, die Thiere zu erlegen und sich anzueignen (wodurch er ein Mittel hätte, den Schaden, den sie dem Grundstück zufügen, abzuwehren, bezw. sich an den erlegten Thieren einen Ersatz zu schaffen). Ein nothwendiges Korrelat des Jagdrechts ist daher die gesetzliche Haftpflicht[2]) für Wildschaden[3]).

Doch decken sich Jagdrecht und Wildschadenhaftung keineswegs durchaus. Vor Allem wird nicht für alle jagdbaren Thiere gehaftet; und auch die Person des Ersatzpflichtigen ist vielfach positiv bestimmt. Die Materie hat sich in Deutschland äußerst verschiedenartig entwickelt; es ist daher der Landesgesetzgebung ein weiter Spielraum gelassen worden. Art. 70—71 EG.BGB.[4]). Das Reichsrecht hat demgegenüber nur das Mindestmaß der Ersatzpflicht einheitlich festgestellt. § 835 BGB. Die Verantwortlichkeit besteht ohne Verschulden[5]).

1. Die gesetzliche Wildschadenhaftung besteht nur für bestimmte Wildarten (Schadenwild). Nämlich für Schwarz-, Roth-, Elch-,

---

1) S. darüber im Sachenrecht. — Bevor es ein Jagdrecht gab (z. B. bei den Römern), gab es auch keine Haftung für Wildschaden. Zur Zeit der feudalen Jagdberechtigungen dagegen ward sie mit Eifer verfochten. Vgl. über das ältere Recht Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht Bd. 3 § 263 Ziff. III.

2) Häufig wird, namentlich in Jagdpachtverträgen, die Ersatzpflicht für Wildschaden auch vertraglich geregelt. Davon ist hier nicht die Rede.

3) Thiere in Parkanlagen sind gehaltene Thiere. Deretwegen besteht die Haftung nur nach § 836 oben. Dies wird auch durch Art. 71 Ziff. 2 EG. nicht geändert.

4) Auf Grund dieser Vorbehalte ist z. B. das preuß. Wildschadensrecht (Ges. v. 11. Juni 1891) der Sache nach unverändert geblieben. Aehnlich wird es vielfach mit anderen Landesgesetzen sein. — Vollkommen unberührt bleibt das Verfahren, die Grundsätze über Feststellung des Wildschadens und die Präklusivfristen für seine Geltendmachung. Diese betragen oft nur wenige Tage. Nach preuß. Recht ist der Schaden binnen 3 Tagen bei der Ortspolizeibehörde anzumelden, die einen Vorbescheid über die Höhe des Ersatzes trifft. Dagegen findet Klage im Verwaltungsstreitverfahren statt. S. noch Bayr. Ges. v. 15. Juni 1850 u. Art. 144 AG.; Württemb. AG. Art. 190—201; Sächs. Ges. v. 1. Dez. 1864; Bad. Ges. v. 9. Aug. 1898; Hess. Ges. v. 1. Juni 1895 (28. Juli 1899) u. Art. 276 AG.; Els.-Lothr. §§ 16—36 desgl.

5) Wie oben § 836 Ziff. I. Also der Pflichtige kann sich nicht durch den Nachweis befreien, daß er den Schaden durch gehörige Ausübung der Jagd nicht verhindern konnte. Der Jagdberechtigte soll den Wildschaden unbedingt verhindern und ist dafür verantwortlich. Ueber den Inhalt der Haftung s. u. §§ 839 ff.

Dam-, Rehwild und Fasanen. § 835. Landesrechtlich kommen noch andere Thiere: Hasen, Kaninchen, Truthühner dazu. Art. 71 Ziff. 1 EG. Ob die Wildstände durch Wildgatter eingezäunt sind, ist gleichgültig, wenn nur die Thiere als auf freier Wildbahn befindlich zu erachten sind[6]).

2. Zu ersetzen ist der durch das Schadenwild an Grundstücken angerichtete Schaden. Gleichgültig ist die Art des Grundstücks[7]); gleichgültig auch, ob der Schaden am Grundstück selbst oder dessen Bestandtheilen, den noch nicht abgetrennten Früchten 2c. angerichtet ist. Weiter erstreckt sich die Ersatzpflicht auf den Schaden an den abgetrennten aber noch nicht eingeernteten Erzeugnissen[8]).

Daß das Wild, für welches gehaftet wird, den Schaden angerichtet habe, hat der Verletzte zu beweisen. Unter Umständen kann ihm der Vorwurf eigenen Verschuldens entgegengehalten werden[9]). § 254 BGB. Dahin gehört landesrechtlich auch die Zulässigkeit des Einwands, daß er als Besitzer von Gärten, Weinbergen, Bäumen oder Baumschulen die Herstellung von Schutzvorrichtungen unterlassen habe, die unter gewöhnlichen Umständen zur Abwendung des Schadens ausreichen[10]). Art. 71 Ziff. 4 EG.

Für die Höhe des zu ersetzenden Schadens an Erzeugnissen des Grundstücks ist der Werth derselben zur Erntezeit zu berücksichtigen[11]).

3. Ersatzberechtigt ist der Verletzte. Das ist der Eigenthümer des Grundstücks, wenn er es selbst bewirthschaftet; sonst derjenige, der es im eigenen Interesse nutzt, also z. B. Nießbraucher, Pächter, Erbpächter u. dgl.[12]). Vgl. § 835 Abs. 1 BGB. Art. 72 EG.

---

6) Im Gegensatz zu Note 3 oben. — Doch kann landesrechtlich der Eigenthümer oder Besitzer des Geheges für den Schaden verantwortlich gemacht werden, der durch die aus dem Gehege austretenden jagdbaren Thiere angerichtet wird. Art. 71 Ziff. 2 EG. So in Preußen, Württemberg, Baden 2c.

7) Nicht nur Felder, sondern auch Gärten, Forstgrundstücke 2c. kommen in Betracht. — Gleichgültig ist auch, ob der Schaden durch Abweiden oder auf andere Art, z. B. durch Zertreten der Saat oder durch Unterwühlen des Bodens entstanden ist.

8) Die Erzeugnisse sind eingeerntet, wenn sie an den zu ihrer Verwahrung bestimmten Ort, oder in Diemen, Veimen u. dgl. zusammengebracht sind. Bericht d. Reichstagskommission.

9) Im Sinne Bd. I § 111 Note 4 ff. Z. B. daß der Verletzte die Erzeugnisse des Grundstücks ungewöhnlich spät eingeerntet, oder sie gar zur Erlangung des Wildschadenersatzes gezogen habe.

10) So z. B. in Baden, Württemberg, Hessen.

11) Z. B. wenn die Beschädigung schon früher erfolgte.

12) Soweit sie nicht selbst, oder der Eigenthümer jagdberechtigt sind. Ersteres versteht sich von selbst (aus Gründen der confusio). Dagegen kommen zwischen dem jagdberechtigten Eigenthümer und den Nutzungsberechtigten des Grundstücks

4. Ersatzpflichtig ist der gesetzlich Jagdberechtigte[13]); es sei denn, daß das Jagdrecht dem Eigenthümer auf seinem Grundstück selbst zusteht und von ihm ausgeübt werden kann[14]). § 835 Abs. 1. Wann dies der Fall ist, bestimmen die partikularen Jagdgesetze[15]). Andernfalls geben sie die Person an, die statt seiner zur Ausübung der Jagd berechtigt ist[16]). Dieser ist der Pflichtige. § 835 Abs. 2 Satz 1. Konnte die Jagd auf einem Grundstück gesetzlich nur gemeinschaftlich mit dem Jagdrecht auf einem anderen Grundstück ausgeübt werden, und war in Folge dessen das Jagdrecht dem Eigenthümer dieses Grundstücks verpachtet[17]), so haftet der letztere. Partikularrechtlich haftet er sogar, wenn er die ihm angebotene Pachtung abgelehnt hatte[18]). § 835 Abs. 2 Satz 2, Art. 71 Ziff. 3 EG. Waren die Eigenthümer mehrerer Grundstücke zum Zwecke der gemeinschaftlichen Ausübung des Jagdrechts gesetzlich zu einem Verbande vereinigt[19]), so kommt es darauf an, ob der Verband selbst Rechtsfähigkeit besitzt[20]) oder nicht. Ersterenfalls haftet der Verband (die Genossenschaft). Ist die Vereinigung nicht rechtsfähig, so haften die einzelnen Grundstücksbesitzer, und zwar verhältnißmäßig nach der Größe ihrer Grundstücke[21]). § 835 Abs. 3. Doch kann die Landesgesetzgebung die Verpflichtung der mehreren Eigenthümer zum Schadensersatz abweichend regeln[22]), oder den Ersatz an deren Stelle der Gemeinde (mit Rückgriff auf die Eigen-

---

vor Allem die Verhältnisse des betreffenden Nutzungsrechts in Betracht. Siehe auch gleich unten Ziff. 4.

13) S. o. Note 2. Nicht ein bloßer Jagdpächter.

14) S. o. Note 12.

15) S. Art. 69 EG.BGB.

16) Allgemein (außer in Mecklenburg) ist der Grundeigenthümer auf seinem Grundstück jagdberechtigt. Doch ist die Ausübung regelmäßig den Kleinbesitzern untersagt. Solche Parzellen werden zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk zusammengeschlagen, auf dem die Jagd entweder von einem der mehreren Grundeigenthümer nach Pachtgrundsätzen für alle, oder von der Gesammtheit der Eigenthümer, die zu einem Verbande (Jagdgenossenschaft) organisirt sind, nach besonderen Regeln auszuüben ist. Zuweilen steht dem Eigenthümer eines um- oder anschließenden Grundstücks das Jagdrecht auf der Enklave ꝛc. zu. Darauf beziehen sich Abs. 2 u. 3 des § 835 BGB.

17) S. die vorige Note (erster Fall der gesetzlich geregelten Ausübung des Jagdrechts von Kleinbesitzern ꝛc.). Es handelt sich nicht um gewöhnliche Jagdpacht wie in Note 2.

18) So in Preußen, Sachsen, Württemberg.

19) Einer Jagdgenossenschaft oder einem sonstigen Verbande (zweiter Fall der in Note 16 erwähnten gesetzlichen Regelung des Jagdrechts von Kleinbesitzern).

20) S. o. Bd. I § 49 zu Note 6. Auch hierüber bestimmt das Landesrecht. — Ebenso über die Umlegung des Schadens innerhalb der Genossenschaft.

21) Ueber den Grund der antheiligen Haftung s. u. § 338.

22) Z. B. solidarische Haftung oder eine solche nach Kopftheilen statuiren.

thümer), oder dem Jagdpächter (neben oder an Stelle der Eigenthümer oder der Gemeinde) zur Last legen. Art. 71 Ziff. 5 u. 6 EG.[23]).

Abgesehen von letzteren Fällen haften mehrere Jagdberechtigte, oder der Jagdberechtigte und der spezielle Urheber des Schadens, nach allgemeinen Grundsätzen nebeneinander[24]). Vgl. § 840 Abs. 3 BGB.

C. Verpflichtung mehrerer Personen*.

§ 338.

I. Die unerlaubte Handlung erzeugt einen Anspruch auf Ersatz des Schadens[1]), für dessen Eintritt Jemand nach den vorstehenden Grundsätzen[2]) verantwortlich ist[3]).

1. Verantwortlich ist man aber

a) für den ganzen Umfang des eigenen Thuns. Hat also Jemand ohne Rücksicht auf das möglicherweise gleiche Thun Anderer den ganzen Schaden herbeigeführt[4]), so hat er, und möglicherweise auch der Andere[5]) den ganzen Schaden zu ersetzen[6]).

b) Ebenso haften mehrere Personen für denselben Schaden in zahlreichen Fällen, in denen neben dem eigentlichen Urheber der Verletzung ein Dritter als Auswahl- oder Aufsichtspflichtiger, als Betriebs- oder Geschäftsherr, oder als Hausbesitzer, Thierhalter u. dgl. verantwortlich ist[7]).

c) Endlich besteht eine Verantwortlichkeit Mehrerer für denselben

---

23) Schließlich sind durch Ziff. 7 eod. einige partikulare Bestimmungen aufrecht erhalten, wonach bei Wechselwild der ersatzpflichtige Jagdberechtigte ein Rückgriffsrecht gegen den Jagdberechtigten des Bezirks hat, in welchem der gewöhnliche Standort des Wildes ist. So in Hannover und Mecklenburg.

24) S. u. § 338.

*) Crome in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik Bd. 35 S. 100 ff.

1) Ueber den ersatzfähigen Schaden selbst s. u. § 339.

2) S. o. §§ 325—337.

3) Soweit der Schaden nach den Regeln der Verursachung auf der zu vertretenden Handlung resp. dem zu vertretenden Ereigniß beruht. S. o. Bd. I § 108 bes. Ziff. 3.

4) Es darf nicht durch die Thätigkeit des Anderen der Kausalzusammenhang des eigenen Thuns mit dem Schaden durchbrochen sein. S. § 108 bes. Ziff. 1 u. 2.

5) Z. B. mehrere Fabriken ergießen jede für sich soviel giftige Abwässer in den Fluß, daß darin alle Fische sterben, und zu diesem Erfolg genügte das Gift jeder einzelnen Fabrik. Crome S. 110.

6) Haften beide, so entsteht ein Gesammtschuldverhältniß, da der Schaden seinem Begriffe nach nur einmal zu ersetzen ist. Dies ist die Regel für sämmtliche weitere Fälle, da Mehrere für einen und denselben ganzen Schaden verantwortlich sind. S. auch § 840 Abs. 1 BGB.

7) Vgl. die Fälle oben § 329 Note 15; § 333 Noten 21, 32, 40, 47; § 334 Note 19 ꝛc.; § 335 Noten 16 ff. u. 29; § 336 Noten 8, 19, 26; § 337 Note 24.

Schaden im Falle der Theilnahme. Hier hat zwar häufig nicht jeder Theilnehmer den ganzen Schaden durch eigene That herbeigeführt; aber er ist für das Thun seiner Genossen verantwortlich, welches dem eigenen zur Ergänzung oder Voraussetzung diente[8]). Dabei ist gleichgültig, ob vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt wurde; ob die Theilnehmer Mitthäter, oder ob nur Einzelne die Thäter, Andere Anstifter oder Gehülfen waren[9]). § 830 Abs. 1 Satz 1 u. Abs. 2 BGB.[10]).

2. Dazu tritt positiv die (ehemals bestrittene) Bestimmung[11]), daß auch bei nicht gemeinsamem schuldhaften Handeln[12]) Jeder dann für den ganzen Schaden verantwortlich ist, wenn sich nicht ermitteln läßt, welcher der mehreren Betheiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat[13]). § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Diese Bestimmung füllt eine Lücke aus. Sie geht im Interesse der Gerechtigkeit bis zur äußersten Grenze dessen, was sich nach dem Kausalitätsgesetz vertheidigen läßt; darüber hinaus geht sie nicht. Daher ist die Bestimmung unanwendbar, wenn Jemand zwar im Allgemeinen in den Vorfall verwickelt war, bei dem der Schaden sich ereignete, letzteren selbst aber nicht verursacht haben kann[14]). Z. B. für Tödtung in einer Schlägerei haftet nicht, wer zwar am Raufhandel betheiligt war[15]), nicht aber an der Tödtung, weil feststeht, daß er

---

8) Z. B. haften bei der in einem Raufhandel verursachten Tödtung oder Körperverletzung die mehreren Angreifer jeder für den gesammten Schaden, wenn auch der eine nur mit einem Besenstiel, der andere mit einem Todtschläger auf den Verletzten eingehauen hatte. S. Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 158; Crome S. 112.

9) Näheres schon oben Bd. I § 109 Ziff. 4, s. insbesondere auch das Beispiel Note 80 daselbst.

10) Die Frage, ob gegen Dritte, die der Thäter an den Vortheilen eines Delikts theilnehmen läßt, z. B. Hehler und Begünstiger, ein Anspruch besteht, beurtheilt sich nach allgemeinen Grundsätzen; also ob ihnen ein selbstständiges Delikt nachgewiesen werden kann (§ 823 ff. BGB.). Andernfalls haften sie nur eventuell auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung.

11) Vgl. schon l. 11 § 2 Dig. ad leg. Aquil. 9, 2 (quasi omnes occiderint).

12) Ein Unzurechnungsfähiger ist frei — oder doch nur nach § 829 BGB. haftbar. S. auch Motive Bd. 2 S. 738; Prot. Bd. 2 S. 606.

13) Z. B. wenn bei einem Raufhandel Mehrere auf einen Anderen losschlagen und von den Schlägen einer den Tod herbeiführt, ohne daß sich nachweisen läßt, von wem der tödtliche Schlag ausgegangen ist. Prot. a. a. O. Dies gilt bei Theilnahme schon nach den Grundsätzen Note 8, soll aber auch ohne Rücksicht auf Theilnahme Platz greifen, z. B. wenn bei plötzlichen Streitigkeiten Jeder auf eigene Faust auf den Anderen losschlägt. Oder wenn Jemand auf der Jagd von dem einen oder dem anderen Jäger, die beide nach der fraglichen Richtung hin schossen, getroffen worden ist.

14) Vom Fall der Theilnahme abgesehen, da der Theilnehmer auch für das verantwortlich ist, was seine Genossen thun (s. o.).

15) Mag er auch wegen dieser Betheiligung nach §§ 227, 367 Ziff. 10 StGB. strafbar sein. Die strafrechtliche „Betheiligung an Raufhändeln" hat mit dem

selbst gar keine Thätlichkeiten gegen den Verstorbenen[16]) begangen hat[17]). Umgekehrt ist die Bestimmung auch dann unanwendbar, wenn gar kein gemeinsamer Vorfall vorhanden ist, bei dem der Schaden sich ereignete. Denn dann sind die Mehreren, die den Schaden möglicherweise verursacht haben können, keine Betheiligten. Sie sind dann vielmehr vollkommen von einander unabhängige Einzelpersonen, bezüglich deren der allgemeine Grundsatz gilt, daß ihnen, um sie zu belangen, die That bewiesen werden muß[18]). Von einem solchen Fall ist in § 830 BGB. gar nicht die Rede.

Dagegen ergibt sich nach dem oben Gesagten folgende Skala von Betheiligungsverhältnissen[19]).

a) Es steht fest, daß einer oder einige der Betheiligten den Schaden allein herbeigeführt haben. Dann sind die anderen von der Verantwortlichkeit frei[20]).

b) Es steht fest, daß die mehreren Betheiligten den Schaden zusammen verursacht haben; aber so, daß der Schaden sich zu gewissen meßbaren Theilen auf die Thätigkeit eines Jeden zurückführen läßt[21]). Dann ist Jeder für seinen Antheil verantwortlich[22]).

Betheiligtsein an einem bestimmten konkreten Erfolg nichts zu thun. S. auch Dernburg § 387 Ziff. 3.

16) So auch Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 89. Ich halte den Text des Gesetzes nicht mehr, wie ehemals, mit der richtigen Meinung unvereinbar. Der Nachdruck liegt darauf, daß wenigstens eine der in Frage stehenden Personen den Schaden verursacht haben muß. — Dagegen haben sich jetzt manche Andere auf Grund des scheinbaren Wortlauts zum Gegentheil bekehrt (so z. B. v. Liszt S. 76, Enneccerus § 366 Ziff. 3a). Aber das Resultat ist so haarsträubend, daß es schon deshalb unter allen Umständen vermieden werden müßte. Zum Glück ist das nach dem Gesagten wohl möglich.

17) Freilich wird meist nach Lage der Sache, wer sich in dieser Weise entlasten will, den betreffenden Beweis führen müssen, da der Schein häufig gegen ihn ist. Dies dürfte zur Vereinigung der streitenden Meinungen beitragen.

18) Sonst könnte z. B. wenn Jemand am Morgen in einem Hohlweg erschlagen aufgefunden wird, jeder, der in der Nacht den Hohlweg passirt hat, dafür verantwortlich gemacht werden. Denn Jeder von diesen kann ihn erschlagen haben.

19) Es kann nicht deutlich genug hervorgehoben werden, daß hier vom Fall der Theilnahme immer abgesehen wird. Darüber s. o. Ziff. 1c.

20) Z. B. von zwei Freunden, welche zur Zeit des Brandes in der Hütte schliefen, ist erweislich nur der eine unvorsichtig mit Licht umgegangen (z. B. auf den Heuboden gestiegen). Oder zwei Kutscher machen eine Wettfahrt, und der eine überfährt dabei (erweislich) einen Passanten.

21) Z. B. mehrere Viehbesitzer haben ihr Vieh auf die gemeine Weide des Orts getrieben. Die ganze Viehherde, sich selbst überlassen, tritt auf ein benachbartes Grundstück über und verursacht dort einen Schaden. Es ist klar, daß derjenige Viehbesitzer, der zehn Ochsen oder Kühe hatte, für einen zehnmal so großen Antheil haften muß, als wer nur eine Kuh bei der Heerde besaß. — Oder

c) Es steht fest, daß jeder der Betheiligten den ganzen Schaden durch sein Verhalten herbeigeführt haben kann, aber nicht, wer ihn wirklich herbeigeführt hat. Das ist der Fall des § 830 Abs. 1 Satz 2. Jeder der Betheiligten ist für den ganzen Schaden verantwortlich[22]).

3. Auch im Fall der Theilnahme kann unter Umständen[24]) eine getheilte Verantwortlichkeit der Mehreren eintreten, wenn jeder einen meßbar begrenzten Schadenstheil herbeigeführt hat, sodaß letzterer gewissermaßen für sich ein Delikt darstellt[25]). Ist ein einheitlicher Schaden herbeigeführt, so sind alle Theilnehmer ganz für denselben verantwortlich.

4. Hieraus ergibt sich:

Soweit Mehrere für denselben Schaden verantwortlich sind, haften sie auf Ersatz desselben als Gesammtschuldner[26]); soweit sie zu bestimmten meßbaren Theilen verantwortlich sind oder Schaden angerichtet haben, haften sie antheilig nach diesem Maßstabe[27]). Vgl. § 840 Abs. 1.

Möglich ist endlich noch, daß die eine Person aus Vertrag, die andere aus Delikt[28]) auf Ersatz desselben Schadens haftet[29]). Hier entsteht ein sog. unvollkommenes Gesammtschuldverhältniß[30]).

---

mehrere selbständige Fabriken verseuchen durch ihre Abwässer einen Bach, sodaß in demselben alle Fische sterben. Reichte nicht das Gift jeder einzelnen Fabrik zu diesem Schaden aus, so ist möglicherweise ein Maß der Betheiligung erkennbar, wenn feststeht, daß die eine Fabrik täglich 10, die andere täglich 100 Prozent der schädlichen Stoffe in den Bach ergießt u. s. w. S. Crome S. 109 ff.

22) D. h. die Haftung ist getheilt. S. o. § 206.

23) Sie haften also als Gesammtschuldner (s. o. Note 6). So auch in dem zuletzt mitgetheilten Beispiel der mehreren Fabriken, wenn sich ein Maß der Schädigung seitens der einzelnen nicht finden läßt. S. noch oben Note 5 (mit gleichem Resultat).

24) Regelmäßig nicht. S. o. zu Note 8.

25) Z. B. die Viehherde der Note 21 war von den mehreren Besitzern resp. ihrem gemeinsamen Vertreter fahrlässig oder absichtlich auf das fremde Grundstück aufgetrieben. — Zwei Taschendiebe machen sich auf der Eisenbahn an einen Fahrgast. Der eine stiehlt ihm die Uhr, der andere die Börse. — Zustimmend Oertmann § 830 Note 5. Die §§ 830, 840 BGB. stehen der getheilten Haftung in diesen Fällen nicht entgegen; im Gegentheil der (in § 840 citirte) § 835 Abs. 2 BGB. bestätigt das entwickelte Prinzip durchaus.

26) S. o. §§ 206, 207.

27) Es entstehen Theilschuldverhältnisse (§ 206).

28) So wenn die beschädigte Sache versichert ist. Oder die Sache ist vermiethet, verpachtet, verliehen oder in Verwahr gegeben, und wird vom Inhaber nachlässig verwahrt, wodurch ein Dritter Gelegenheit findet, sie zu beschädigen.

29) Immer vorausgesetzt, daß durch das Dazwischentreten des Dritten der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen wird. S. Bd. I § 108 Ziff. 2.

30) S. o. § 206 Note 41 ff.

Gehen die Ansprüche nicht gleich weit[31]), so kann nach Geltendmachung des geringeren der Ueberschuß noch immer von dem höher Verpflichteten verlangt werden[32]). War die beschädigte Sache *versichert*, so ist nach der gemeinen Meinung auf die Ersatzforderung wider den Schädiger nicht anzurechnen, was der Beschädigte vom Versicherer erhalten oder noch zu beanspruchen hat[33]). Anders nur in einzelnen Ausnahmefällen[34]).

II. *Unter mehreren Haftpflichtigen findet eine Ausgleichung* statt, falls die Haftung nicht von vornherein eine getheilte war[35]). Ueber die Ausgleichung gelten folgende Grundsätze.

1. Soweit das *Gesetz* die gesammtschuldnerische Haftung verfügt, entsteht die gesetzliche Ausgleichungspflicht. § 426 BGB.[36]). Die Betheiligten sind also *untereinander zu gleichen Antheilen* verpflichtet[37]), soweit nicht ein *Anderes bestimmt* ist.

Derartige Bestimmungen gibt es nun aber gerade hier in großer Zahl. §§ 840 Abs. 2—3, 841 BGB. Sie lassen sich auf das gemeinsame Prinzip zurückführen, daß

---

31) Wie z. B. gegen den Gastwirth, in dessen Haus die Werthsachen dem Reisenden gestohlen wurden (§ 702 BGB.). Ebenso kann eine kontraktlich limitirte Haftung bestehen.

32) Nach allgemeinen Grundsätzen. — Dagegen kann, wenn ein nach dem *Unfallversicherungsgesetz* Versicherter von einem Betriebsunfall, der zugleich unter das *Haftpflichtgesetz* fällt, betroffen wird, über den durch die Unfallversicherung gedeckten Schaden hinaus *gegen den Betriebsunternehmer, dessen Bevollmächtigte, Repräsentanten und Aufseher* ein weiterer Anspruch nur erhoben werden (oben § 334 Ziff. III), wenn durch *strafgerichtliches* Urtheil festgestellt ist, daß der Belangte den Unfall *vorsätzlich* herbeigeführt hat. § 135 RUnfVersG. in d. Fassung v. 5. Juli 1900.

33) Darüber jetzt gründlich Oertmann, Vortheilsausgleichung (1901) S. 111 ff. mit ausführlichen Litteraturnachweisen. Ferner oben § 151 Note 62 ff. — Der Versicherte hat für die Versicherungssumme seine Prämien bezahlt (s. o. §§ 291 ff.). Anderseits hat er dem Versicherer regelmäßig zu überlassen, was über seinen Schaden hinausgeht. S. u. Ziff. II.

34) Diese bestätigen die Regel. In Betracht kommt vor Allem § 135 *Abs. 2 RUnfVersG.* (oben Note 32) und die Ausdehnungsgesetze. Wird der dort erwähnte Anspruch geltend gemacht, so ermäßigt er sich um den Betrag, auf den der Verletzte nach der Unfallversicherung Anspruch hat. — Ebenso bestimmt § 4 *RHaftpflichtG.*, daß, wenn der Verletzte unter Mitleistung von Prämien ꝛc. des Betriebsunternehmers, die sich nicht unter einem Drittel der Gesammtleistung halten, von diesem bei einer Versicherungsanstalt, Kranken- oder anderen Unterstützungskasse gegen den Unfall versichert war, die Versicherungssumme auf die Entschädigung anzurechnen ist. S. auch Oertmann, Vortheilsausgleichung S. 140 ff. u. Cit. Entsch. d. RG. Bd. 11 S. 22.

35) S. o. Noten 22, 25.

36) S. o. § 207 Ziff. II.

37) Wer auf den ganzen Schaden in Anspruch genommen wurde, nimmt seinen Regreß gegen die Anderen pro rata. — Die Anwendung des § 255 BGB. in diesem Falle ist ausgeschlossen. S. o. § 151 Note 95.

a) wer neben dem eigentlichen Urheber der Verletzung als Auswahl- oder Aufsichtspflichtiger 2c. haftet[38]), gegen den Urheber der Verletzung vollen Rückgriff, — dieser nicht einen solchen wider den Aufsichtspflichtigen nehmen kann[39]);

b) soweit neben dem Aufsichtspflichtigen ausnahmsweise ein Unzurechnungsfähiger haftet[40]), dieser gegen den Aufsichtspflichtigen vollen Rückgriff, — letzterer keinen solchen gegen den Unzurechnungsfähigen hat.

2. Aehnliches muß gelten, wenn in dem Falle, wo sich nicht ermitteln ließ, wer von mehreren Betheiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hatte[41]), diese Ermittelung nachträglich gelingt, oder das Maß der Betheiligung der Mehreren an dem Schaden nachträglich festgestellt wird[42]). Im ersteren Fall kann nach Ersatz des Schadens, soweit das Geleistete vom Verletzten nicht zurückzuerlangen ist[43]), gegen den ermittelten Schuldigen voller Regreß (nicht von ihm gegen die anderen Betheiligten) genommen werden. Im letzteren Fall ist der Rückgriff nach dem Maßstab der Betheiligung der Einzelnen am Schaden zu regeln[44]).

3. Zwischen dem kontraktlich und deliktisch Ersatzpflichtigen[45]) findet nur nach den Umständen ein Rückgriff statt[46]). Regelmäßig hat ihn der kontraktlich gegen den deliktisch Verpflichteten, nicht umgekehrt[47]). Mindestens besteht in diesem Umfang gegen die Ersatzleistung ein Recht auf Abtretung der Ansprüche des

38) Es handelt sich um die hier oben I Ziff. 1b hervorgehobenen Fälle der auswahl- oder aufsichtspflichtigen Beamten, Geschäftsherrn, Dienstherrn, Eltern, Vormünder, Erzieher u. dgl., Hausbesitzer, Thierhalter 2c. — Im Gesinderecht ist § 840 Abs. 2 BGB. ebenfalls anwendbar und kann durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden. Art. 95 Abs. 2 EG.

39) Die Schuld geht materiell den eigentlichen Urheber an. Der Andere ist nur zur größeren Sicherung des Verletzten mit verantwortlich.

40) Nach § 829 BGB. S. über diesen Fall oben § 331 Ziff. 5.

41) Fall des § 830 Abs. 1 Satz 2 (s. o. I Ziff. 2c).

42) S. o. I Ziff. 2b u. Ziff. 3.

43) Meist wird derselbe ein rechtskräftiges Urtheil gegen den haben, der den Schadensersatz geleistet hat. Denn letzterer wird sich wohl in diesen Fällen selten zu freiwilliger Zahlung verstehen.

44) Trotz des gesetzlichen Gesammtschuldverhältnisses. Der Rückgriff wird hier nicht aus § 426 BGB., sondern aus Bereicherungsgrundsätzen genommen. Es hat sich nachträglich herausgestellt, daß die Anderen nicht, oder nicht über ein gewisses Maß hinaus verpflichtet waren. Haben sie mehr gezahlt und ist das Gezahlte nicht unmittelbar zurückzuerlangen, so haben sie den bereichert, den die Schuld materiell anging. S. Crome a. a. O. S. 126 ff. bes. 129 ff.

45) S. o. I zu Note 28 ff.

46) Aus dem unvollkommenen Gesammtschuldverhältniß (oben § 206 Note 52).

47) S. o. § 151 Note 68 ff. bes. Note 91 ff.

Beschädigten wider den Thäter. § 255 BGB.[48]). Zuweilen findet ein gesetzlicher Uebergang dieser Ansprüche statt, z. B. in einzelnen Fällen der Versicherung[49]); in anderen Fällen ist der Regreß eigenthümlich beschränkt[50]).

D. Inhalt und Umfang der Ersatzpflicht.

§ 339.

1. Allgemeines. Ansprüche wegen Personenverletzung und Entziehung oder Beschädigung von Sachen.

Der Inhalt der Ersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen ergibt sich einerseits aus der Art der Verletzung, anderseits aus dem Begriff und Umfang des Schadensersatzes. Davon ist schon die Rede gewesen. Die allgemeinen Grundsätze über die Verursachung im Rechtssinne, über Begriff und Umfang des ersatzfähigen Schadens[1]) kommen auch hier zur Anwendung, nicht anders als bei Verletzung bestehender Verbindlichkeiten[2]). Gleichgültig ist dabei, ob die Verantwortlichkeit aus einem eigentlichen Delikt, oder aus Gründen der erweiterten Haftung für andere Personen oder für Sachen besteht; — ob der Schaden durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursacht ist, oder ob ausnahmsweise ohne Verschulden gehaftet wird[3]). Daß bei der Herbeiführung der Verletzung durch konkurrirende Thätigkeit des Verletzten unter Umständen eine

---

48) So kann der Versicherer gegen den Brandstifter Regreß nehmen, nicht dieser gegen jenen. S. auch Oertmann, Vortheilsausgleichung S. 136 ff., 281 ff. — Hat der Beschädigte die Ansprüche gegen den Thäter inzwischen erlassen oder sich darüber verglichen, so braucht der Versicherer, da er nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet ist, unter Umständen nichts oder nur entsprechend weniger zu leisten. Der Fall liegt ähnlich wie in § 776 BGB. Wie aber, wenn die Versicherungsanstalt unbedingt leisten muß (wie bei der Unfallversicherung) und der Verletzte sich vorher mit dem Thäter verglichen hatte? Als Korrelat der unbedingten Leistungspflicht ist anzunehmen, daß der Vergleich die Versicherungsanstalt nicht bindet.

49) So im Seeversicherungsrecht, sowie nach § 140 UnfVersG. v. 5. Juli 1900 gegenüber dritten Personen, die für den Unfall verantwortlich sind.

50) So nach §§ 136—139 UnfVersG. gegenüber dem Betriebsunternehmer, seinen Bevollmächtigten, Repräsentanten und Aufsehern, welche den Unfall vorsätzlich oder fahrlässig mit Außerachtlassung der Sorgfalt, zu der sie vermöge ihres Amts, Berufs oder Gewerbes verpflichtet waren, herbeigeführt haben. S. o. § 334 Ziff. III, sowie Hilse im Archiv f. bürg. Recht Bd. 19 S. 206.

1) S. insbes. Bd. I § 108 Ziff. 3 und hier oben § 151.

2) Der Ersatzanspruch ist vererblich und übertragbar, — abgesehen von gewissen unten zu erwähnenden Ansprüchen, die eine rein persönliche Genugthuung bezwecken.

3) A. M. hauptsächlich Dernburg §§ 28, 388 Ziff. I. Gegen ihn Rümelin im Archiv f. civ. Praxis Bd. 90 S. 301 ff.

billige Schadensvertheilung stattfinden kann, ist schon erwähnt[4]). § 254. Auch daß bei der ausnahmsweisen Haftung Unzurechnungsfähiger[5]) überhaupt nur Schadloshaltung im Rahmen besonderer Billigkeitsgrundsätze gewährt wird[6]).

Findet Ersatz im Strafverfahren im Wege der Buße statt[7]), so ist die Schadensbemessung überhaupt eine freiere[8]). Sie darf alle materiellen und ideellen Momente (sog. Imponderabilien) berücksichtigen, während sonst Geldersatz grundsätzlich nur wegen Vermögensbeschädigung gewährt wird[9]). —

Von Inhalt und Umfang der Schadensersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen wäre sonach nicht weiter zu reden, wenn das Gesetz nicht für diesen Fall noch einige Sonderbestimmungen aufstellte. Diese enthalten zum Theil nur eine Detaillirung des Prinzips[10]), zum Theil einige Erweiterungen[11]). Das Gesetz gruppirt sie um die Fälle der Personenverletzung und der Entziehung oder Beschädigung von Sachen, gleichgültig aus welchem Delikt oder welcher besonderen Art der Verantwortlichkeit die Verletzung entspringt. Es wird Art und Umfang des Schadensersatzes näher präzisirt[12]); auch in Zweifelsfällen die nöthige Entscheidung darüber getroffen, ob ausnahmsweise dritte Personen für den ihnen aus der unerlaubten Handlung erwachsenen mittelbaren Schaden Ersatz fordern können[13]).

I. Personenverletzung.

1. Bei der Verletzung von Personen, d. h. allen gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlungen (Körper- und Gesundheits-

4) S. auch insbes. die Fälle Bd. I § 111 Note 9.

5) S. o. § 331 Ziff. 5.

6) Besonders auch nach Maßgabe der Vermögensverhältnisse der Betheiligten.

7) Was, wie bemerkt, nur in bestimmten Fällen zulässig ist.

8) Davon war oben § 152 schon die Rede.

9) §§ 249, 253 BGB.

10) Z. B. hinsichtlich des Umfangs der Ersatzpflicht, wo uns die allgemeinen Prinzipien (wie das des § 254 Abs. 2 BGB.) im Stiche lassen.

11) Insbesondere einige Fälle des Ersatzes nicht vermögensrechtlicher Schäden.

12) Wo es einer solchen Bestimmung bedarf. — Z. B. von dem Anspruch auf Ehrenerklärung bei der Beleidigung (s. o. § 327 Note 11 ff.), oder auf sonstige Unterlassung der Fortsetzung eines unerlaubten Verhaltens (vgl. z. B. § 326 Note 31 i. f., § 328 Note 7 u. s. w.) wird hier nicht mehr die Rede sein. Alles dies ergibt sich schon aus der allgemeinen Vorschrift des § 249 BGB. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 25 S. 347, Bd. 48 S. 118 ff.

13) Regelmäßig ist dies nicht der Fall. S. o. § 324 Ziff. 2 und weiter bei den einzelnen Fällen der unerlaubten Handlungen, z. B. § 325 Note 6, § 326 Note 12 ff. u. s. w. — Im Fall der vorsätzlichen unsittlichen Schadenstiftung ist Jeder, dessen Schädigung in Frage stand, der Verletzte. S. o. § 330 Note 4.

verletzung, Beeinträchtigung der Freiheit, Ehre, soweit deren Verletzung in Betracht kommt[14]) und keine Sondervorschriften bestehen[15]), — mag die Verletzung durch Menschenhand[16]), durch Thiere, Gebäudeeinsturz ꝛc.[17]) herbeigeführt sein), wird besonders betont, daß die Verpflichtung zum Schadensersatz sich nicht blos auf die momentanen Nachtheile, z. B. Kosten des Heilverfahrens, den während der Krankheit oder Freiheitsentziehung entgangenen Verdienst[18]), sondern auch auf die Nachtheile bezieht[19]), welche der Vorfall[20]) für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt[21]). § 842. Doch ist dies nach dem allgemeinen Grundsatz des § 253 BGB. nur in vermögensrechtlicher Beziehung zu verstehen[22]), soweit Gelderſatz in Frage kommen soll, und ist auf dieser Basis eigentlich selbstverständlich[23]). Soweit der Schaden durch Ehrenerklärung oder sonstige Rehabilitation des Verletzten, oder durch Unterlassung der Fortsetzung der schädigenden Handlung[24]) abgewendet werden kann, hat der Verletzte nach § 842 auf diese einen allgemeinen Anspruch.

a) Abgesehen davon findet regelmäßig Ersatz in Geld statt. §§ 249 i. f., 251 BGB. Bei Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit[25]) des Verletzten oder Vermehrung seiner Bedürfnisse[26]) durch

14) S. o. § 327 (insbes. bei Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre).

15) Dies ist z. B. in § 824 BGB. der Fall. Indem dort die Beeinträchtigung des Erwerbs und des Fortkommens zu den Thatbestandsmerkmalen des besonderen Delikts gehört, wird die allgemeine Bestimmung des § 842 BGB. gegenstandslos.

16) Fälle der §§ 823, 825, 831 ff., 839 BGB.

17) Fälle der §§ 833—838 BGB.

18) Ebenso auf die Vermehrung der Bedürfnisse des Verletzten. So auch ausdrücklich § 3 Abs. 1 u. § 3a HaftpflichtG. Der Inhalt der Bestimmung ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen.

19) Dieselben sind also, obschon zum größten Theil noch in der Zukunft liegend, schon jetzt im Prozeß nach Maßgabe des § 287 CPO. zu berücksichtigen.

20) Z. B. durch Schwächung oder Verlust eines Sinnes oder eines Gliedes u. dgl. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 30 S. 270.

21) Dahin gehört z. B. die Entziehung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit für die Zukunft; Verlust einer Erwerbsstellung; entzogene oder geminderte Aussicht in der Zukunft eine solche zu erlangen; bei Frauen auch die geminderte Aussicht auf Heirath.

22) Anders unter Umständen bei Strafdelikten, wegen deren der Verletzte eine Buße begehrt (s. o. § 152), sowie in den Sonderfällen des § 847 BGB. (darüber s. u. lit. b).

23) Der Punkt wurde von der II. Kommission nur „zur Abschneidung von Zweifeln" besonders hervorgehoben. — Ueber die Analogie bei Sachbeschädigung s. u. Note 109.

24) Vgl. § 827 Noten 11 u. 12, § 826 Note 31 i. f., § 828 Note 7 ꝛc.

25) S. o. Note 21. — Um so mehr bei völliger Aufhebung der Erwerbsfähigkeit. Ob die Aufhebung oder Minderung endgültig oder nur vorübergehend ist, steht gleich.

Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung[27]), würde aber eine einmalige Geldleistung meist ihren Zweck verfehlen[28]). Unser Gesetz bestimmt daher nach älteren Vorbildern[29]), daß in solchen Fällen der Ersatz in erster Linie durch Zahlung einer Geldrente zu leisten ist. § 843 BGB. Nur ausnahmsweise kann auf Verlangen des Verletzten[30]) statt der Rente auf Leistung einer Abfindung[31]) erkannt werden[32]), wenn ein wichtiger Grund vorliegt[33]). Abs. 3. Andernfalls bleibt es bei der Rentenleistung, eventuell unter Bestellung einer Sicherheit durch den Verpflichteten[34]). Abs. 2 i. f. Der Rentenanspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Anderer dem Verletzten vertraglich[35]) oder gesetzlich[36]) Unterhalt zu gewähren hat[37]). Abs. 4.

Die Rente wird nach Art einer Leibrente behandelt[38]). Sie ist daher, falls nichts Besonderes bestimmt ist[39]), immer für drei Monate

26) S. o. Note 18. Doch sind natürlich hier auch die in der Zukunft liegenden Bedürfnisse gemeint. Z. B. der Verletzte bedarf dauernd oder vorübergehend eines Wärters, einer Fahrgelegenheit, einer jährlich ꝛc. zu wiederholenden Kur u. dgl. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 2.

27) Mag die Körper- oder Gesundheitsverletzung hervorgerufen sein wie sie will (s. o. Note 16—17). — Nicht aber bei anderen Arten der Personenverletzung.

28) Sie würde vom Verletzten oft nicht richtig verwendet, und letzterer dann in der Zukunft doch für den Unfall nicht gedeckt sein. Die Festsetzung der Kapitalsumme wäre sehr schwierig.

29) Insbesondere des HaftpflichtG. § 7. Dessen Bestimmungen sind jetzt durch Art 42 EG.BGB. mit den allgemeinen Vorschriften in Uebereinstimmung gesetzt.

30) Nicht gegen dasselbe durch das Gericht.

31) Auch mehrmals in Ratenzahlungen.

32) Nach freiem Ermessen des Gerichts über die ausreichenden Gründe (s. u.).

33) Nach dem gewöhnlichen Sinn dieser Bestimmung. In Betracht kommt z. B., daß mit einer Zahlungsunfähigkeit des Verpflichteten gerechnet werden muß und keine Sicherheitsleistung (s. u.) stattfinden kann; oder daß viele Erben des Schuldners vorhanden sind.

34) S. Bd. I § 134. Zuweilen wird sich der Verpflichtete zur Vermeidung der Kapitalabfindung freiwillig zur Sicherheitsleistung verstehen, oder es wird durch das gerichtliche Urtheil darauf erkannt. Ist dies im Urtheil versäumt oder ist die Sicherheit zu niedrig bemessen, so kann der Verletzte bei erheblicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Pflichtigen Erhöhung der Sicherheit verlangen. § 324 CPO. Ebenso § 7 Abs. 3 HaftpflichtG.

35) Oder durch letztwillige Verfügung. Ob der Verletzte durch die anderweitigen Bezüge nicht mehr unterhaltsberechtigt (weil nicht mehr bedürftig) ist, ist eine andere Frage.

36) Z. B. aus dem Familienverhältniß. Ob die Unterhaltspflicht des Betreffenden dadurch hinwegfällt, ist eine andere Frage.

37) S. jedoch über das Verhältniß zu Versicherungsleistungen auf Grund der Arbeiterversicherung, oben § 338 Noten 32, 34, 49, 50.

38) S. o. § 251.

39) Insbesondere in dem Urtheil, welches die Rente festsetzt. — Das Urtheil ist für das erste Quartal für vorläufig vollstreckbar zu erklären. § 708 Ziff. 6 CPO.

vorauszubezahlen, und genügt es für den Bezug einer Rate, daß der Verletzte den Beginn des betreffenden Zeitabschnitts erlebt hat. Abs. 2 und § 760 BGB. Die Höhe der Rente ist nach Schadensersatzregeln festzusetzen: die Höhe der verminderten Erwerbsfähigkeit[40]) des Verletzten, und seiner durch den Unfall bedingten Mehrausgaben[41]) kommt in Betracht. Bei späterer Aenderung der Verhältnisse kann Abänderung des Urtheils[42]) begehrt werden[43]). § 323 CPO.

Die einzelnen Rentenleistungen sind auch im Voraus einklagbar[44]), — die Pfändbarkeit[45]) und demgemäß auch die Abtretbarkeit des Rentenanspruchs[46]) aus sozialen Rücksichten beschränkt[47]).

b) Im Falle der Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung und Freiheitsentziehung[48]), ebenso in den früher beschriebenen besonderen Fällen einer Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre[49]) kann dem Verletzten auf sein Verlangen allgemein[50]) auch wegen eines nichtvermögensrechtlichen Schadens, z. B. wegen der erlittenen Schmerzen, Verunstaltungen, der ausgestandenen Angst, Kummer und Sorgen, Scham und Verletzung des Ehrgefühls, Beeinträchtigung des Fortkommens auch über § 842 BGB. hinaus[51]) eine billige Entschädigung in Geld zugesprochen werden[52]). § 847 BGB.

---

40) S. dazu die Fälle Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 112, Bd. 14 S. 25, Bd. 16 S. 80, Bd. 17 S. 45, 51 ff.

41) S. o. Note 26.

42) Nicht einer vertragsmäßigen Vereinbarung über die Rentenhöhe. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 41 ff.

43) Die Verhältnisse bis zum Urtheil sind selbstverständlich zu berücksichtigen. S. o. § 151 Note 39. — Beispiele zum Text in Entsch. d. RG. Bd. 1 S. 66, Bd. 17 S. 23, Bd. 22 S. 90. Sowohl der Verletzte kann Erhöhung, als der Rentenpflichtige nachträglich Herabsetzung der Rente begehren. Das Minderungsrecht ist nicht selbständig abtretbar.

44) S. § 258 CPO.

45) § 850 Abs. 3 CPO.

46) § 400 BGB. Ebenso die Aufrechnung gegenüber der Forderung. § 394 BGB.

47) Entsprechend § 7 Abs. 2 HaftpflichtG.

48) Als Anspruch auf Schmerzengeld und wegen Verunstaltungen bestand dies schon in der gemeinrechtlichen Praxis (die in Art. 20, 21 der C. C. C. eine Stütze fand). Einzelne Partikularrechte (z. B. das Preuß. A.LR. I Tit. 6 § 112 ff.) schränkten den Anspruch auf Personen niederen Standes ein, andere erweiterten ihn auf die Fälle widerrechtlicher Freiheitsentziehung. Das französ. und die ihm folgenden Rechte gewähren ihn, prinzipiell richtig, bei immateriellen Schäden aller Art. S. o. § 141 i. f. Unser Gesetz hat in dem im Text Gesagten einen Mittelweg eingeschlagen (wobei zu berücksichtigen ist, daß die Fälle der Buße hinzutreten).

49) S. o. § 327 I Ziff. 3. In dieser Hinsicht bestand bei uns bisher die sog. Defloration sklage.

50) Im Civilprozeß. S. o. § 152 über das Verhältniß zur Buße.

51) Also unter Berücksichtigung ideeller Momente, wie z. B. des Ruhms

Die hier in Rede stehenden Nachtheile sind etwas rein Persönliches. Daher gebührt auch dieser Ersatz nur dem Verletzten, nicht seinen Erben[53]) oder sonstigen Rechtsnachfolgern[54]). Nur wenn der Anspruch durch Vertrag anerkannt[55]) oder rechtshängig geworden ist[56]), gewinnt er selbständigen Vermögenswerth, und ist daher von der Person des Verletzten ablösbar[57]). Abs. 1 Satz 2.

2. Ansprüche mittelbar Verletzter.

Die bisher besprochenen Ansprüche stehen grundsätzlich[58]) nur dem unmittelbar in seiner Person Verletzten zu[59]). Die Fortwirkung des Schadens wird aber in gewissem Umfang auch auf andere Personen anerkannt, und daraus ein Ersatzanspruch dieser Personen für den von ihnen erlittenen Schaden zugelassen[60]).

a) So vor Allem im Fall der Tödtung. § 844 BGB. Hier erleidet der unmittelbar Verletzte überhaupt keinen reparabelen Schaden[61]);

---

eines Künstlers, Schriftstellers u. dgl., Einbuße am guten Ruf ꝛc., Schwächung des Hör- oder Sehvermögens u. dgl.

52) Mit Unrecht wollen manche Schriftsteller das in dieser Beziehung Errungene gegen den allgemeinen Wortlaut des Gesetzes (das die hier in Frage stehenden Güter nicht mehr nennt) wieder durch Auslegung beschränken. Dagegen mit Recht Planck § 847 Note 2b. Man muß soweit gehen wie bei der Buße. — Nur das ist zu verlangen, daß der Schaden mit der in Frage stehenden Verletzung zusammenhängt. Der Kausalzusammenhang wird nach der vernünftigen Lebensauffassung (aber unter Berücksichtigung der persönlichen Dispostition des Verletzten) zu beurtheilen sein. Z. B. kranke und nervöse Menschen leiden unter Umständen mehr als ein gesunder.

53) Meine Schmerzen ꝛc. können von keinem Anderen empfunden werden; sie gehen auch nicht mit meiner Erbschaft auf ihn über.

54) Der Anspruch ist unübertragbar; also auch nicht pfändbar. § 851 CPO. — Man sagt auch wohl, der Anspruch gehe auf persönliche Genugthuung (sei actio meram vindictam spirans), was aber nicht auf einen Strafcharakter zu deuten ist.

55) S. o. § 288 Note 8ff.

56) S. Bd. I § 129 bes. zu Note 16.

57) D. h. er ist nunmehr vererblich und übertragbar wie alle Vermögensrechte. Das geschehene Anerkenntniß hat der Erbe resp. Cessionar zu beweisen.

58) S. o. Note 13.

59) Abgesehen von Vererbung oder Uebertragung, soweit sie zulässig sind. S. Note 53ff.

60) Andere als die nachfolgenden Ansprüche Dritter werden nicht anerkannt. Z. B. der Geschäftsherr kann nicht den Schaden ersetzt verlangen, den er durch Verlust seines Bediensteten erleidet, wenn dieser körperlich verletzt oder getödtet wird (in dieser Hinsicht existirt nur der Anspruch unten sub. lit. b). Der Vater kann nicht auf billige Entschädigung wegen des Kummers klagen, den er durch Verlust seines Sohnes, oder wegen eines an seiner Tochter begangenen Sittlichkeitsverbrechens erleidet.

61) Zwar sagt § 823 Abs. 1 BGB., „wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben .... eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet"! Doch ist dies nur ein sprachlicher Lapsus.

es erleiden ihn die Hinterbliebenen[62]). In Betracht kommt nicht nur die direkte Tödtung, sondern auch Körperverletzung, Gesundheitsschädigung ꝛc.[63]), insofern sie zum Tode führen[64]). Tritt der Tod erst später ein, so hat inzwischen der unmittelbar Verletzte[65]) seine gewöhnlichen Schadensersatzansprüche[66]). Die Verantwortlichkeit des Pflichtigen besteht für beide Schäden. — Auch die hier in Frage stehende Ersatzpflicht gegenüber den Hinterbliebenen fällt übrigens hinweg oder wird gemindert, wenn der Getödtete sich den Unfall nach allgemeinen Grundsätzen ganz oder zum Theil selbst zuzuschreiben hatte[67]). § 846. Hat einer der Hinterbliebenen den Unfall mitverursacht, so ist er für den den anderen zu leistenden Ersatz regelmäßig mitverantwortlich[68]).

Die in Betracht kommenden Ansprüche sind

α. ein Anspruch auf Ersatz der Beerdigungskosten: für den, der diese Kosten gesetzlich oder zufolge vertragsmäßiger Bestimmung aufzuwenden hatte[69]);

β. ein Ersatzanspruch derjenigen Personen[70]), denen der Getödtete zur Zeit der Verletzung kraft Gesetzes[71]) unterhaltspflichtig war[72]) oder werden konnte[73]), sofern diesen Personen in

---

62) Die Ersatzklage der Hinterbliebenen war schon in der gemeinen Praxis anerkannt. S. die Citate in Entsch. d. RG. Bd. 7 S. 140 ff. Aehnlich im Preuß. A.LR. u. Sächs. GB.

63) Gleichgültig (wie stets), ob sie durch den Verpflichteten eigenhändig, oder durch andere Personen, Thiere, Gebäudeeinsturz ꝛc., wofür er verantwortlich ist, herbeigeführt wurden (s. o. Note 16—17).

64) Der Kausalzusammenhang muß feststehen. Dann aber ist es gleichgültig, ob der tödtliche Erfolg vorauszusehen war (soweit nicht nach Bd. I §§ 108, 111 ausnahmsweise nur für vorhersehbare Erfolge gehaftet wird). Siehe eod. § 109 Note 7 u. Cit. Ebenso ausdrücklich Prot. Bd. 2 S. 615.

65) Resp. soweit er die Ansprüche nicht mehr persönlich geltend gemacht hat, seine Erben.

66) S. o. Ziff. 1. — Ebenso § 3 Abs. 1 HaftpflichtG.

67) Da die Ersatzpflicht gegenüber den Hinterbliebenen eine selbständige ist, so bedurfte es einer Erstreckung des Prinzips des § 254 BGB. (Bd. I § 111) auf den Fall, da der Getödtete den Unfall ganz oder zum Theil mit verursacht hat.

68) Dann folgt der Regreß zwischen ihm und dem Dritten den Regeln oben § 338 Ziff. II.

69) Z. B. der Erbe, uneheliche Vater, gesetzlich Unterhaltspflichtige z. B. das Familienhaupt. S. §§ 1615 Abs. 2, 1713 Abs. 2, 1580 Abs. 3, 1968 BGB. — Ebenso § 3 Abs. 2 HaftpflichtG.

70) Dieselben haben den Anspruch nicht als Erben, sondern als Geschädigte (also auch wenn sie die Erbschaft des Getödteten ausschlagen).

71) Der vertraglich Unterhaltsberechtigte hat keinen Anspruch. — Ebenso wie das Folgende auch § 3 Abs. 2 HaftpflichtG.

72) Vgl. die Fälle §§ 1345, 1351, 1360 ff., 1578 ff., 1601 ff., 1700, 1703, 1708 ff., 1739, 1765 ff. BGB.

73) Die Unterhaltspflicht hängt ihrem Wesen nach von Leistungsfähigkeit des Verpflichteten, Bedürftigkeit des Empfängers und einer gewissen Reihen-

Folge der Tödtung das Recht auf den Unterhalt entzogen ist[74]). Daß an Stelle des Getödteten ein Dritter unterhaltspflichtig wird, schließt den Anspruch nicht aus[75]). — Der Anspruch geht auf Entrichtung einer Geldrente, die nach dem doppelten Gesichtspunkt zu bemessen ist[76]): wielange und in welcher Höhe der Getödtete nach der muthmaßlichen Dauer seines Lebens[77]) und nach seinem persönlichen Verhältniß zum Empfänger[78]) zu Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde[79]).

Die Rente wird nach Art einer an den persönlich Verletzten zu leistenden Geldrente behandelt[80]). Wie dort, kann aus wichtigen Gründen statt ihrer auf eine Abfindung erkannt werden[81]). § 844 Abs. 2 und Cit.

γ. Weiter als in diesem Umfang wird eine Kausalität der Verletzung nicht anerkannt. Daher findet kein Ersatz statt, wenn durch die Tödtung ein Nutznießungs- oder Leibrentenrecht des Verletzten vorzeitig endigt[82]).

b) Im Fall der Tödtung, Körper-, Gesundheitsverletzung und Freiheitsentziehung kann derjenige, welchem der Verletzte kraft Gesetzes[83]) zur Leistung von häuslichen oder gewerb-

---

folge mehrerer verpflichteter Personen ab. — Die Ersatzpflicht tritt, wenn deren Voraussetzungen sonst vorliegen, auch dann ein, wenn der Bedürftige zur Zeit der Verletzung erzeugt aber noch nicht geboren war. § 844 i. f.

74) Bleiben die Erben des Getödteten unterhaltspflichtig, so tritt der Ersatzanspruch nicht ein (so in den Fällen §§ 1582, 1712 BGB.). Erhält der Bedürftige aber von ihnen weniger, so muß derjenige einspringen, der für die Tödtung verantwortlich ist. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 33 S. 282.

75) Arg. § 843 Abs. 4 BGB. Dieser Fall ist von dem vorigen zu unterscheiden. Doch ist das oben Note 35 Gesagte zu beachten. Ebenso wenn die Wittwe des Getödteten sich wieder verheirathet. Dagegen ist regelmäßig nicht auf die der Wittwe zu gewährende Entschädigung abzurechnen, was sie sich durch Lohnarbeit verdienen kann. Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 111 ff.

76) Die Bemessung erfolgt durch das Gericht. Wer wegen mangelnder Bedürftigkeit keinen Unterhaltsanspruch geltend machen konnte, kann auch diesen Ersatz nicht verlangen. Wohl aber noch nachträglich bei eintretender Bedürftigkeit. S. auch Entsch. d. RG. Bd. 4 S. 104. Deretwegen kann auch eine Abänderung der Rente begehrt werden. S. § 323 CPO. u. oben Note 43.

77) Nach dem Durchschnitt und den besonderen Umständen. Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 108, Bd. 7 S. 51, Bd. 18 S. 7, Bd. 23 S. 217.

78) Danach ist entweder die Zeit der Unterhaltspflicht begrenzt (so im Falle § 1708) oder das Maß. S. Motive Bd. 2 S. 783.

79) Die Rente ist Ersatz. Der Rentenpflichtige tritt nicht an Stelle des Unterhaltspflichtigen. Dies ist z. B. für die Verjährung wichtig.

80) Also wie eine Leibrente. Das oben Note 38 ff. Gesagte ist anwendbar.

81) Nach den Grundsätzen wie oben Note 30 ff.

82) So ausdrücklich Prot. Bd. 2 S. 618 ff., womit der Text des Gesetzes übereinstimmt. Darüber hinaus geht (aus Billigkeit) Dernburg § 391 zu Note 8.

83) Nicht vertragsmäßig (z. B. nicht der Geschäfts- oder Dienstherr).

lichen Dienſten verpflichtet war[84]), für die entgehenden Dienſte Erſatz verlangen. § 845. Auch hier wird die Erſatzpflicht möglicherweiſe durch konkurrirendes Verſchulden des Verletzten ausgeſchloſſen[85]). § 846. Der Erſatz hat durch Gewährung einer Rente[86]), eventuell durch eine Abfindung zu erfolgen[87]). Die Regeln der Erſatzleiſtung an den unmittelbar Verletzten finden entſprechende Anwendung[88]). § 845 i. f.

II. Bei der Entziehung oder Beſchädigung von Sachen iſt

1. unmittelbar Verletzter derjenige, welchem die Sache entzogen oder beſchädigt worden iſt. Dies iſt der Eigenthümer der Sache, wenn er im Vollrecht und im Beſitz der Sache war. Miteigenthümer der Sache ſind Mitberechtigte im Sinne der §§ 420 ff. BGB.[89]). Und zwar ſoweit der Erſatzanſpruch auf Geld geht, nach Maßgabe ihres Antheils an der Sache[90]); ſoweit er auf Rückgabe der Sache geht, nach Maßgabe der Regeln des § 432 BGB.[91]). Das Verhältniß der Betheiligten zu einander richtet ſich hier nach den Regeln der Gemeinſchaft[92]).

Beſteht ein dingliches Recht an der Sache, z. B. ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht, ſo richtet ſich nach der Art der Handlung, ob nur der Eigenthümer oder dinglich Berechtigte, oder ob beide verletzt ſind[93]). Vielfach iſt der Schaden, den der eine erleidet, überhaupt verſchieden von dem des anderen, und jeder kann dann ſelbſtändig Erſatz ſeines Schadens beitreiben[94]).

---

84) So der Mann oder Vater bei Verletzung von Frau und Kindern. S. §§ 1356, 1607, 1757 BGB.

85) Das oben zu Note 67 ff. Geſagte iſt anwendbar.

86) Hier iſt hauptſächlich der Werth der Dienſte und ihre muthmaßliche Dauer abzuſchätzen.

87) In Fällen kürzerer Freiheitsentziehung iſt eine Rente nicht am Platze. Was das Geſetz nach ſeinem Sprachgebrauch als eine hiernach „aus wichtigen Gründen zu gewährende Abfindung“ bezeichnet, iſt unter Umſtänden einfache Entſchädigung.

88) S. o. zu Note 31 ff.

89) Sie ſind Mitgläubiger (ſ. o. §§ 206 ff.) hinſichtlich des Erſatzes. Die Regeln des Miteigenthums (§§ 1008 ff. BGB.) finden keine Anwendung.

90) Folglich kann hier der eine die Erſatzforderung wegen ſeines Antheils geltend machen, der andere nicht.

91) S. o. § 209 Ziff. II. — Dies iſt auch bei theilbaren Sachen aus § 1011 BGB. zu ſchließen. Es kann keinen Unterſchied machen, ob der Reſtitutionsanſpruch auf das Eigenthum der Sache oder Delikt gegründet wird. § 1011 will die Herausgabe an einen einzelnen Mitberechtigten im Intereſſe der übrigen verhindern.

92) S. o. § 286 insbeſ. Note 18 u. 100 ff.

93) Z. B. Diebſtahl oder Beſchädigung der Früchte trifft nur den Nießbraucher; Diebſtahl oder Zerſtörung der Subſtanz trifft regelmäßig beide.

Aehnlich verhält es sich, wenn ein obligatorisches Recht hinsichtlich der Sache besteht, deren Besitz beim Gläubiger ist, z. B. bei einem Miether oder Pächter[95]). Hier kann der letztere direkt in seinem Besitz bezw. Gebrauchs- und Fruchtziehungsrecht verletzt sein; darüber hinaus trifft die Verletzung den Eigenthümer[96]) und nicht den obligatorisch Berechtigten[97]). Soweit er indirekt benachtheiligt wird[98]), kann er nur unter Umständen Abtretung der Rechte des Eigenthümers wider den Thäter verlangen[99]). § 281 BGB.[100]).

Entsprechend ist ein bloßer gutgläubiger Besitzer der Sache der direkt Verletzte[101]).

2. Wird eine bewegliche Sache entzogen[102]) oder beschädigt, so ergibt sich eine begreifliche Unsicherheit des Ersatzpflichtigen, an wen er den Ersatz zu leisten hat. Der Verpflichtete kann nicht wissen, ob der Besitzer, dem er die Sache entzogen oder bei dem sie beschädigt wurde, auch der Eigenthümer ist. § 851 BGB. bestimmt daher zu Gunsten des Schuldners[103]), daß er durch Leistung des Ersatzes an denjenigen befreit wird, in dessen Besitz sich die Sache zur Zeit der Entziehung oder Beschädigung befand. Anders nur, wenn dem Schuldner zur Zeit der Ersatzleistung[104]) das Eigenthum des Dritten bekannt war oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist[105]). — Dasselbe

94) Hier ist von einer Mit- oder Gesammtgläubigerschaft keine Rede. Vgl. auch die Beispiele l. 11 § 10, l. 12 ff., l. 17, 30 § 1 Dig. ad leg. Aquil. 9, 2.

95) Z. B. bei Beschädigung oder Diebstahl der auf dem Felde stehenden Früchte. S. schon l. 27 § 14 Dig. eod. Durch fahrlässige Brandstiftung wird der Hauseigenthümer in seinem Eigenthumsrecht, — daneben aber auch der Miether direkt verletzt, indem er sich vielleicht für theures Geld ein anderes Obdach verschaffen muß.

96) S. auch oben § 325 zu Noten 49, 54 ff.

97) Daher kann z. B. der Miether des abgebrannten Hauses vom Brandstifter nicht den Sachwerth des Hauses beitreiben.

98) Vielfach ist dies gar nicht der Fall. Z. B. im Fall der Note 97 ist er nach § 275 BGB. von seiner Rückgabepflicht in Ansehung des Hauses befreit.

99) Z. B. als Käufer einer Sache, die danach beim Verkäufer zerstört oder beschädigt wird. S. in diversem Sinne v. Liszt S. 98 ff., Dernburg § 385 Ziff. III, Cosack § 164 II Ziff. 1.

100) In Ansehung der von ihm geschuldeten Gegenleistung s. § 323 BGB. bes. Abs. 2.

101) S. o. § 325 II Ziff. 3 u. schon l. 11 § 8, l. 17 Dig. ad leg. Aquil. 9, 2.

102) Z. B. gestohlen.

103) Also zur Vermeidung der Gefahr von Doppelzahlungen. — Doch kommt die Gunst nur dem gutgläubigen Schuldner zu statten (s. u.). Es handelt sich um eine Schutzvorschrift.

104) Da die Gültigkeit der Zahlung in Frage steht, muß der Schuldner in diesem Augenblicke gutgläubig sein.

105) Im Streit mit dem Eigenthümer braucht der Schuldner zu seiner Be-

wird entsprechend auf die Fälle angewendet, da der Dritte ein sonstiges Recht an der Sache hatte und dieses verletzt ist[106]).

Zwischen dem Empfänger des Ersatzes und dem verletzten Berechtigten findet Ausgleichung nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung statt[107]).

3. Der Anspruch des Verletzten geht auf Rückgabe resp. Wiederherstellung der Sache oder Geldersatz[108]). §§ 249, 251 BGB. Ebenso auf Ersatz des sonstigen Schadens, der dem Verletzten durch die Entziehung oder Beschädigung entstand[109]). Besondere Bestimmungen sind folgende.

a) Soweit eine widerrechtlich entzogene Sache zurückzugeben ist, haftet der Ersatzpflichtige auch für den zufälligen Untergang resp. die zufällige sonstige Unmöglichkeit der Rückgabe[110]), ebenso für zufällige Verschlechterung der Sache bis zur Restitution[111]). Dieserhalb ist also Schadensersatz zu leisten. Die Entschädigungspflicht tritt nicht ein, wenn die Unmöglichkeit der Rückgabe oder die Verschlechterung[112]) auch ohne die Entziehung der Sache eingetreten wäre[113]). § 848.

b) Die für den Werth oder die Werthminderung der entzogenen oder beschädigten Sache zu leistende Ersatzsumme ist von dem der Werthberechnung zu Grunde gelegten Zeitpunkt ab[114]) zu verzinsen[115]). § 849.

---

freiung nur darzuthun, daß er den Ersatz dem damaligen Besitzer leistete. Der Eigenthümer muß die mala fides im Sinne des Textes beweisen.

106) S. o. Ziff. 1. Auch hier ist also der Ersatzpflichtige befreit, wenn er z. B. nicht weiß oder grobfahrlässig außer Acht ließ, daß an der entzogenen oder beschädigten Sache ein Nießbrauch bestand.

107) Es handelt sich um einen Fall des § 816 BGB. S. o. § 321. — Ist der Ersatz dem besitzenden Pfandgläubiger geleistet, so ist die Summe eventuell auf die Pfandforderung zu verrechnen.

108) Wobei § 249 Satz 2 BGB. zu beachten ist. S. o. § 151 bei Note 14.

109) Im Umfang des ersatzfähigen Schadens überhaupt. S. o. § 151. Zu ersetzen ist z. B. der entgangene Gewinn. Ebenso kann eine Beeinträchtigung des Erwerbs oder des Fortkommens des Verletzten in Betracht kommen, z. B. wenn demselben das Modell für eine Statue, das Manuskript eines Buchs oder musikalischen Werkes vernichtet worden ist. S. auch Dernburg § 388 II Ziff. 1.

110) Z. B. die Sache ist inzwischen einem gutgläubigen Dritten veräußert und ist von diesem nicht mehr zurückzuerlangen.

111) Nach dem Grundsatz: fur semper moram facere videtur (vgl. § 287 BGB.). Doch kommen jetzt alle Fälle rechtswidriger Entziehung in Betracht, z. B. auch Pfandverschleppung, Arrestbruch u. s. w. und die Fälle fahrlässiger Sachentziehung.

112) Der Zufall, der die Sache traf resp. getroffen hätte, darf auch ein anderer gewesen sein.

113) Den Beweis seiner Befreiung hat der Ersatzpflichtige zu führen. Das Detail ist wie zu § 287 (s. o. § 162 bei Note 11 ff.).

114) S. über diesen Zeitpunkt oben § 149 Note 22, § 151 Note 46 ff. Vgl. § 162 Note 24.

c) Wenn der zur Herausgabe einer entzogenen Sache Verpflichtete Verwendungen auf die Sache gemacht hat[116]), so stehen ihm deshalb wider den Verletzten dieselben Rechte zu, wie dem Besitzer einer Sache gegenüber dem Eigenthumsanspruch[117]). § 850. Folglich hat der gutgläubige Verpflichtete einen Ersatzanspruch wegen der nothwendigen Aufwendungen, die er auf die Sache gemacht hat[118]), und wegen der nützlichen, soweit der Werth der Sache sich dadurch zur Zeit der Rückgabe erhöht findet[119]). Von Kenntniß der Rückgabepflicht oder der Rechtshängigkeit des Anspruchs an findet eine Vergütung der Verwendungen nur aus dem Gesichtspunkt nützlicher Geschäftsführung für den Verletzten statt[120]). Soweit ein Anspruch wegen Verwendung besteht, hat der Urheber der letzteren mit Beziehung darauf die gewöhnlichen Rechte. Also insbesondere auch ein Zurückbehaltungsrecht[121]) der Sache resp. der an ihre Stelle getretenen Ersatzsumme[122]), es sei denn daß eine vorsätzliche unerlaubte Entziehung der Sache vorlag[123]).

§ 340.

2. Dauer der Verpflichtung.

1. Die Verjährung der Ersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen ist eine verhältnißmäßig kurze[1]).

115) Die Geltendmachung eines weiteren Schadens wird dadurch wie gewöhnlich nicht ausgeschlossen.

116) Wegen des Ersatzes von Aufwendungen s. im Allgemeinen oben § 151 Ziff. III.

117) Auch in dieser Hinsicht soll der Anspruch aus unerlaubter Handlung dem Eigenthumsanspruch kongruent sein. Die Bestimmung des röm. Rechts, daß bei Entwendung und gewaltsamer Entziehung einer Sache der Thäter gar keinen Verwendungsanspruch hat, war pönaler Natur, und ist auch nicht im wohlverstandenen Interesse des Verletzten.

118) S. o. § 160 Note 15. Näheres im Sachenrecht.

119) Arg. §§ 994 Abs. 1, 996 BGB.

120) Arg. §§ 990, 994 Abs. 2, 996 BGB. Vgl. o. § 254 ff. — Bei Genehmigung durch den Verletzten steht die Nützlichkeit der Verwendung außer Frage. S. auch § 1001 BGB.

121) S. o. Bd. I § 124.

122) Da die allgemeine Bestimmung des § 273 BGB. (nicht blos § 1000) zur Anwendung kommt, wo hinsichtlich des Retentionsobjektes kein Unterschied gemacht wird. S. auch Oertmann zu § 850.

123) So übereinstimmend §§ 273, 1000 BGB. Also der Dieb kann niemals retiniren. — Wegen der Dauer des Verwendungsanspruchs s. noch § 1002 BGB.

1) Es empfiehlt sich nicht, aus der unerlaubten Handlung noch Ansprüche zuzulassen, wenn die Erinnerung an den Vorfall schon verblichen ist. Längere Nichtgeltendmachung der Ansprüche ist meist auch ein Indiz dafür, daß sie aus dem einen oder anderen Grunde ungerechtfertigt sind. — Die kurze Verjährung ist zuerst in modernen Partikularrechten, im Reichshaftpflichtgesetz und in den Reichsgesetzen über das Urheberrecht ꝛc. (s. o. § 324 Ziff. 4) eingeführt worden.

a) Die regelmäßige Verjährungszeit beträgt **drei Jahre** seit erlangter **Kenntniß** von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen; und **dreißig Jahre ohne Rücksicht auf diese Kenntniß**[2]). § 852 BGB.[3]).

Beide Verjährungsfristen knüpfen sich nicht an die regelmäßige Entstehungszeit des Anspruchs[4]). Die **kurze** Verjährung beginnt erst mit **Beseitigung des Hindernisses**, das der praktischen Geltendmachung des Anspruchs entgegensteht[5]). Dagegen hält Unkenntniß der Schadenshöhe die Verjährung nicht auf[6]). Anderseits beginnt die **dreißigjährige** Verjährung schon mit der **That**, selbst wenn der Schaden, der die civilistische Ersatzpflicht erzeugt, erst später eintritt[7]).

b) Die Vorschrift des § 852 bezieht sich auf alle Ansprüche aus unerlaubten Handlungen, welche in §§ 823 ff. BGB. **behandelt** sind: mag die Haftung auf einem Verschulden desjenigen, der für die That verantwortlich gemacht wird, beruhen oder nicht. Z. B. kommt sie unzweifelhaft auch auf die ausnahmsweise Haftung Unzurechnungsfähiger, sowie für Thierschäden zur Anwendung[8]). Daneben stehen die **besonderen Vorschriften der Reichs- und Landesgesetze**, die für von ihnen speziell behandelte Fälle unerlaubter Handlungen besondere Verjährungs- oder Präklusivfristen festsetzen[9]). So ermäßigt § 11 des RG. über den **unlauteren Wettbewerb**[10]) die oben erwähnte kurze Verjährungsfrist auf sechs Monate seit Kenntniß, die längere auf drei Jahre seit Begehung der Handlung, — modifizirt dies aber wieder dadurch,

2) Um dem Anspruch jedenfalls einmal ein Ende zu machen. — Derartige doppelte Fristen sind häufig bestimmt. So z. B. in §§ 121, 124 BGB. auch für andere Fälle als Verjährung.

3) Die Verjährung des Strafdelikts, falls ein solches vorliegt, ist von dieser Verjährung unabhängig.

4) Wie es nach § 198 BGB. der Fall sein sollte. Auch in dieser Hinsicht beruht die Bestimmung auf rein praktischen Erwägungen. S. darüber Bd. I § 115 Noten 21—25.

5) Daß der Verletzte sie bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können, kommt nicht in Betracht. Er ist zu dieser Aufmerksamkeit nicht verpflichtet.

6) Tritt eine Vergrößerung des Schadens **erst später ein**, so erwächst daraus ein **weiterer Anspruch**, dessen Verjährung nach denselben Grundsätzen erst wiederum von Erlangung der **Kenntniß** seitens des Verletzten beginnt. Motive Bd. 2 S. 742 i. f.

7) Im Uebrigen gelten die gewöhnlichen Regeln der Anspruchsverjährung.

8) S. o. § 331 Ziff. 5, § 336 ff.

9) Ueber landesrechtliche Vorschriften s. z. B. oben § 324 Note 25, § 326 Note 14 ꝛc. Für die Haftpflicht der Gemeinden aus den bei Aufläufen und Zusammenrottungen entstandenen Schäden bestehen ganz kurze Fristen. S. z. B. preuß. Ges. v. 11. März 1850 § 5.

10) S. o. § 328 — insbes. aber auch daselbst Note 9, wonach die Abkürzung sich nicht auf Fälle bezieht, wegen deren man auch aus dem neuen gemeinen Rechte klagen kann.

daß die Frist für Schadensersatz nie vor Eintritt des Schadens zu laufen beginnt[11]). Die Ersatzansprüche aus dem Reichshaftpflichtgesetz § 8 verjähren allgemein in zwei Jahren seit dem Unfall, — diejenigen dritter Unterhaltsberechtigter, denen in Folge der Tödtung der Ernährer entzogen ist[12]), in zwei Jahren seit dem Tode[13]). Ebenso bewendet es in den Fällen unerlaubter Verletzung des Urheberrechts ꝛc. bei den betreffenden Sondervorschriften[14]).

Zweifelhaft ist die Verjährungszeit in anderen Fällen, für die besondere Normen fehlen, insbesondere bei Verletzung in Ausübung provisorischer Rechtsbehelfe und in Ueberschreitung der Selbsthülfe (§ 231). S. o. § 331 Ziff. 2 u. 3[15]).

2. Die kurze Verjährung der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen schließt nach ihrer Vollendung nur den Anspruch auf Schadensersatz[16]) aus. Soweit der Thäter oder eine andere Person in Folge der unerlaubten Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt haben, sind sie auch nach Vollendung dieser Verjährung auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet[17]). § 852 Abs. 2.

3. Hat Jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung (z. B. durch Betrug, Nöthigung ꝛc.) eine Forderung gegen den Verletzten erlangt[18]), so besteht auch nach Verjährung des Deliktsanspruchs eine Einrede wider die Forderung[19]). § 853[20]).

---

11) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen (gegen die Regelung bei Note 7).

12) S. o. § 339 zu Note 62 ff.

13) S. o. § 334 Ziff. I u. III. — Im Uebrigen finden auch hier die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung Anwendung.

14) Vgl. o. § 324 Ziff. 4 u. Cit.

15) Besonders daselbst Note 15 ff. — In anderen Fällen, in denen jede Analogie mit einem Delikt fehlt und auch das Bürgerliche Gesetzbuch den Fall unter anderem Gesichtspunkt behandelt (wie z. B. bei der Haftung für das sog. negative Vertragsinteresse), oder wo gar in Ausübung eines Rechts gehandelt wird (wie in den Fällen §§ 904, 867, 962, 1005 BGB.), verjährt selbstverständlich ein etwaiger Ersatzanspruch nur nach den gewöhnlichen Vorschriften.

16) Im Sinne des § 339 oben.

17) Nach den allgemeinen Vorschriften oben §§ 317 ff. S. bes. § 321 i. f. — Der Bereicherungsanspruch verjährt für sich nach den gewöhnlichen Grundsätzen (also regelmäßig erst in 30 Jahren seit der Bereicherung).

18) Ueber Rechtserwerb aus unerlaubten Handlungen s. noch Josef im Archiv f. bürg. Recht Bd. 20 S. 44.

19) S. o. Bd. I § 36 Ziff. 2. Die Einrede ist unverjährbar (s. Bd. I § 114 Note 9 ff.). — Der Grund ist, daß der Verletzte vielfach darauf vertrauen wird, daß der Andere die Forderung nicht geltend machen werde. Wenigstens wartet er ab, um erst dann den Hergang zur Sprache zu bringen. Dies soll sich durch Verjährung des Deliktsanspruchs nicht ändern.

20) Hatte der Einredeberechtigte eine Gegenleistung empfangen, so muß er diese, wenn er von der Einrede Gebrauch macht, dem Gegner auf Verlangen zurückgeben.

Quellen-Register.

Die hochstehenden kleinen Ziffern verweisen auf die Noten, die nach dem Komma stehenden Ziffern auf den Abschnitt des Textes.

Bürgerliches Gesetzbuch.

§
24—53 844,5.
27 58. 614[13].
31 117[6]. 616[30]. 1039, II. 1039[40].
42 Abs. 2 375,b.
53 375,b.
54 294[22]. 375,b.
82 26 b.
86 58. 117[6]. 614[13].
89 117[6]. 1039, II.
92 Abs. 1 455[10].
93 ff. 682[14].
94 32[25]. 415[3].
99 Abs. 3 30.
100 29,2. 84[111]. 112[35]. 531[6]. 809[39]. 1008[34].
101 555,a.
Ziff. 2 56.
102 29[10]. 79[4].
103 32[26]. 421,2. 809[35].
104—115 663,2.
104 ff. 967[68].
107 510[56]. 576[21].
108 354[32].
113 663[12].
119 Abs. 2 444[8]. 597[23].
121 205[26]. 207[4]. 246[37]. 331[21]. 333[38]. 497[36]. 548[11]. 619[59]. 621[76]. 661[51]. 702[6]. 755[48]. 792[9]. 890[26]. 932[44]. 1086[2].
122 73.
123 316. 444[5]. 597[24].
124 256[57]. 1086[2].
125 532[18 19].
126 332[34]. 361[15]. 942[55].
128 511[63].
130 41.
131 663,2.
132 110[19]. 111[24]. 137[19]. 151[45]. 152[55].
Abs. 2 111 II i. f.
133 47[7]. 103[5]. 139[32]. 166[14]. 188[10]. 200[28]. 232[3]. 458,c. 487[17].
134 15[5]. 520[24]. 836[10]. 1000[8]. 1001.
135 283[16]. 295[26].
Abs. 1 568[18].
136 955[26].
137 812,3.
138 15[5]. 44[28]. 117[10]. 520[24]. 530[71]. 626[42]. 1000[8]. 1001.
Abs. 2 61,4.
139 36,1 i. f. 169,1. 169[7]. 499[58]. 511[62]. 518[43]. 520,3. 769[37].
140 965[42].
141 Abs. 2 950[30].
142 Abs. 1 169,1.
143 41[3].
145 283[18]. 355,3.
145 ff. 485[1].
146 163[38].
147 Abs. 2 615[19]. 749[6].
148 163[38]. 355,3.
151 328[1].
153 933[11].
154 62[52].
Abs. 2 411[43]. 536[53].
155 500[53].
157 22. 62,4. 217[46]. 325[11]. 336. 363[27]. 458,c. 681[3].
159 199,4.
162 609,a. 609[10]. 759[21]. 992[24].
165 620[69].
168 779[86].
168 ff. 622[64].
169 791[4]. 793[19 25].
174 138[28].
177 Abs. 2 406.
179 73.
181 404. 404[38].
182 353[29]. 358[16]. 362[19].
182 ff. 353.
183 358[16].
184 353. 639[62].
185 236,α. β. 352[20].
186 ff. 446[6].
187 188[9]. 480[30]. 498[39].
188 188[9]. 258[20]. 479[27]. 480[30]. 498[39].
194 Abs. 1 4,2. 1021[54].

§
195 814[93].
197 56,a. 56[7]. 603[8]. 606[22].
198 1086[4].
198 ff. 929c.
199 951[62].
201 951[65].
202 Abs. 1 114 V.
Abs. 2 174[18]. 881[66].
202—217 953[78].
203 952[73].
Abs. 2 255[54].
206 255[54. 55]. 952[73].
207 255[54]. 952[78].
208 265[27].
209 952[69].
Ziff. 3 303[11].
210 482,6.
211 Abs. 2 474[13].
212 474[13]. 482,6.
Abs. 1 156 I.
215 303[11]. 475[21]. 482,6.
218 901,6. 952[75].
222 17,3. 271[21]. 953[78].
Abs. 2 230[3]. 986[12].
224 60,b. 953[78].
225 474[10]. 687[66]. 953[76].
226 19[10]. 23[15]. 48[12]. 53[46]. 53[47]. 55[14]. 84,1 i. f. 99[4]. 457[22]. 1041,2[11].
229 ff. 577[35]. 578[42].
231 578[40]. 1043,2. 1044,3. 1044[18]. 1087,1.
232 ff. 886[29].
241 2. 2[3]. 4,2. 5,3. 9,1. 15 II. 15[3]. 18. 19[2]. 27 I. 32. 941[44]. 1021[54].
242 22. 23,3. 53[46]. 53[47]. 55[14]. 76[52]. 110[16]. 217[46]. 236[35]. 325[11]. 363[27]. 421[3]. 457[22]. 889[19].
243 46. 46[4 7]. 47,1. 444[6]. 455[13]. 517[59].
Abs. 2 52. 53.
244 54,2.
Abs. 2 55,3.
245 55,4 i. f.
246 114[42].
§
246 ff. 56. 62.
247 61,4.
247 i. f. 61[47].
248 62,5. 62[55].
Abs. 2 63,b.
249 21. 71. 71,1. 71[16]. 637[38]. 887,1. 1028,1. 1034[33]. 1035[46]. 1075[9 12]. 1084[3].
Satz 1 66.
Satz 2 70,3. 1084[108].
249 i. f. 1076,a.
250 67,2. 70[11].
251 70,3. 71,1. 80,α. 1076,α. 1084,3.
Abs. 1 67.
Abs. 2 67. 91[13]. 126[40].
252 31[21]. 73,b. 76,b. 143,3. 144,a.
253 21. 70,3. 71[18]. 87[7]. 212,2. 1019[33]. 1028,1. 1030[40]. 1031[10]. 1075[9]. 1076.
254 76,b. 143,3. 144,a. 145[2]. 497[37]. 1026[31]. 1044[14]. 1063[10].
Abs. 1 74. 77[56].
Abs. 2 74. 77[53]. 1075[10]. 1080[67].
254 ff. 27,b.
255 80. 80[72]. 81[81]. 82. 82[92 97]. 83,c. 131[28]. 321[14]. 1072[37]. 1074.
256 32,d. 58. 84,2. 155[17]. 344[14]. 348[86]. 424[38]. 617,a. 930[36].
Satz 2 79,4 i. f. 84,2. 884[5].
256—258 83 III.
257 32,d. 85,3. 85[115]. 617,a.
258 84,1. 540[25]. 590[35].
259 616[27].
260 366[28]. 616[27].
262 90[6]. 90. 92. 95[41].
262—265 90[2].
263 71[15]. 184,α.
Abs. 1 92.
Abs. 2 90[6]. 91. 91[15]. 92. 95[45].
263 ff. 50[37].
§
264 93. 93[31].
Abs. 1 93[31]. 93,α. 95,3. 140[1].
Abs. 1 i. f. 95[44].
Abs. 2 68[8b]. 94,β i. f.
265 90[4]. 91[15]. 96,5. 97[55]. 97,α. 98[59]. 98,α i. f. 350[4].
Satz 2 98,β.
266 38. 49[23]. 60,b. 99,1. 132[34]. 232[6]. 301 II. 387[3]. 548[9].
267 100. 150[35]. 237[41]. 343[10]. 352[19]. 988[36].
268 100. 100[12]. 345,b. 380[10].
Abs. 2 100[17]. 279[41]. 294,c. 345,b.
Abs. 3 101.
268 i. f. 101. 347,b.
269 52,3. 102. 103,1. 103[5]. 104. 106. 107[39]. 276[19]. 411[49]. 424[32]. 467[86]. 590[36].
Abs. 3 103[9]. 105. 412[53]. 467[87].
270 99[7]. 102[2]. 105 II. 106[35]. 106. 276[19]. 547[1].
Abs. 1 107,3. 411[49].
Abs. 3 107,2.
Abs. 4 106.
271 Abs. 1 109 I.
Abs. 2 111 III. 111[28]. 593[57].
271 i. f. 602[9].
272 113.
273 155[17]. 297[40]. 413[69]. 424[25]. 580[59]. 590[24]. 591[44]. 617[45]. 692[1]. 693[9]. 950[50]. 1085[122].
Abs. 2 1009[51].
Abs. 3 580[60].
273 ff. 882[68].
274 83[100]. 953[3].
275 29[5]. 34[15]. 52[45]. 66. 97[54 58]. 98[59]. 98,β. 120[37]. 122. 122,a. 124[24]. 130[16]. 131[24]. 131,2. 131[31]. 142[12]. 145[3].

§
275 148[18]. 178[5]. 180[26]. 213,b. 222,2. 436[89]. 520[3]. 695 I. 715,3. 875[14]. 1010,2. 1042[1]. 1083[98].
275 ff. 34[9]. 81[82]. 97[56]. 264[21].
276 65,c. 123[11]. 589[27]. 624[21]. 637[40 41]. 650[32]. 678[16]. 687[61]. 715,3. 743[20]. 748[36]. 750[18].
Satz 1 65[17]. 116.
Abs. 2 65[19]. 116. 754[51].
278 81[62]. 117 II. 118[14 19 21]. 119[24 25]. 119,2. 125[36]. 136[7]. 465[67]. 589[27]. 592[50]. 624,2. 637[40]. 643,2. 663[15]. 676[11]. 677,2. 754[31]. 773[27]. 1021[52]. 1037[20]. 1049[3].
Satz 2 117 II.
279 26,b. 34[15]. 35,α. 35[20]. 123,2. 123[14]. 136. 136[5]. 160,2. 601[4]. 715,3.
280 66. 129[11]. 130[15]. 131[31]. 218[57]. 222,2. 521[32].
Abs. 1 123,b.
Abs. 2 36[26]. 69,d. 80. 81. 124,4. 125[26 28]. 128[3]. 144,b. 181[42]. 189[20].
Satz 1 128[3].
280 i. f. 125,b.
281 29,1. 126[41]. 126,5. 127[47 51]. 131[28]. 142[13]. 179[17]. 180[33]. 181[40]. 321[14]. 441[28]. 448[33]. 467[84]. 480[37]. 513,2. 625[28]. 985[48]. 1021[55]. 1083,1.
282 120 III. 121[40]. 684[30]. 688[73].
§
283 67[7 8]a. 81[77]. 130. 131[22]. 131,2 3. 132[23]. 160 f.[25]. 185,3. 187. 194. 213[22]. 218[57]. 521[22 36]. 709[18]. 726[65]. 731[140]. 773[22 25].
Abs. 1 131[31].
Abs. 1 i. f. 186,a.
Abs. 2 69,d. 132,4 i. f.
284 135. 136[14]. 140. 1005[12]. 1006[15].
Abs. 1 137,a. 137[22].
Abs. 2 137[22]. 139,b. 139[33].
285 128[6]. 131[23]. 135. 135[6]. 205[25]. 216[42]. 514[10]. 521[31]. 542[5].
286 28 II. 140[40]. 186,1. 521[32]. 726[65].
Abs. 1 141,1.
Abs. 2 130[20]. 144,b. 144[30]. 161[25]. 218[57].
286 ff. 27,b. 688[20].
286—290 140.
287 132[33]. 140[40 42]. 142[15 16]. 144[26]. 746[18]. 1005[12]. 1006. 1006[19]. 1007[23]. 1010,2. 1084[111].
Satz 1 141,2.
Satz 2 120[37].
287 i. f. 142.
288 58. 141. 421[3].
Abs. 2 141[6]. 141,1.
289 62,5. 62[55].
290 58. 58[20 22]. 75,c. 140[40]. 143,3.
291 58. 133,b. 133[6]. 421[3]. 514[12]. 1010,2.
292 133,b. 253[38]. 514[12]. 1010,2.
Abs. 1 i. f. 134,b.
Abs. 2 31. 134,b.
293 147.
294 149[33]. 150. 152[55].
295 52[41]. 94[35]. 150[42]. 151,3. 157[8].
§
295 Satz 2 94[36].
295 ff. 151[42].
296 151,b.
297 149. 149[30]. 150[36 39]. 151[49]. 653[11]. 654[17].
298 147[17].
299 111[27]. 148[24]. 148,1. 158[21]a. 278[38]. 744[2].
300 31[19]. 116[3]. 154[18]. 156[4]. 420,c.
Abs. 1 154,2.
Abs. 2 52[36]. 53. 154,2. 154[12].
301 154,a. 286[38].
302 31[19]. 154,b. 286[38].
303 155,a. 155[24]. 274[6]. 425[33]. 742[8].
304 83[103]a. 155,4. 157[15]. 511[65].
305 24,a. 26,b. 511[65]. 938,c.
305 i. f. 757[7].
306 34[9 15]. 35,β. 96,a. 159,1. 520[24]. 533[36].
306 ff. 534[37].
307 73. 213,b. 264[21].
Abs. 1 160,1.
Abs. 2 96[52]. 160,1.
307 i. f. 96,a.
308 159,1. 161,1.
309 73. 161,1. 520[24].
310 161,a. 506[24]. 769,5. 870[24]. 899[21].
310 ff. 26,b.
311 162,a. 364[1]. 365,1. 402,c. 402[22]. 506[24]. 608[6]. 768,5. 900,5. 911,3. 915,α.
312 162,b. 898[17].
Abs. 2 769[36].
313 163. 167[21]. 311[17]. 402,c. 428[16]. 450[49]. 457[32]. 485[3]. 495[15 17]. 511[63]. 608[6]. 711[22]. 899[21]. 900,5. 911,3. 915,α.

§
313 Satz 2 163.
313 i. f. 915, β.
314 32, d i. f. 32[2]. 164, 3. 430, 3.
315 43, 3. 164, 3. 487[15]. 646, 5. 782[112].
Abs. 1 43, 3.
Abs. 2 43, 3. 164, 3.
Abs. 3 45, b. 45[39]. 164, 3. 215[35].
316 43, 3. 164, 3. 646, 5
317 164, 3. 318[30]. 782[119].
Abs. 1 42, b.
Abs. 2 42, b i. f.
317 ff. 27, b. 40, 2. 92.
318 Abs. 1 42, b.
Abs. 2 41. 42, a. 164, 3.
319 42[17]. 164, 3.
Abs. 1 760[37]. 761[39].
320 152[51]. 200[26]. 240[67]. 419[30]. 422[7]. 439, 2. 772[15].
Abs. 1 i. f. 172[7].
Abs. 1 S. 2 173, a. 871, b.
Abs. 2 176, 2.
320 ff. 87[34]. 48[17]. 165 I. 172, 1. 195, 1. 229[34]. 425[35]. 428, 3. 499.
320—327 540, 2. 541. 727[102]. 771.
320 ff. 876[20]. 900[33]. 904, 4.
321 176. 597[30]. 598[39].
322 200[26]. 465[63].
Abs. 1 175, b.
Abs. 2 95, 3. 175, a. 175[27].
Abs. 3 175, b.
323 183[69]. 184, α. 195, 1. 213, b. 414. 418, c. 534[38]. 535[47]. 538[8]. 653 II. 696 III. 726[55]. 731[141]. 735[180]. 771. 987[20].
Abs. 1 178. 1019[53].
Abs. 1 i. f. 178. 183[56].
Abs. 2 179, a. 321[14]. 441[32]. 448[33]. 1021[55].

§
323 Abs. 3 179, b. 183[55]. 192[18]. 987[20]. 994[4].
323—325 192, a.
323—326 200[27]. 339[26].
323 ff. 264[21]. 435[25]. 448[33]. 534[37].
324 145[4]. 191[6]. 192[14]. 195[16]. 213[22]. 217[46]. 440[19]. 448[33]. 540[33]. 547[6]. 699[36]. 701, 1. 735[177]. 738, d. 771[12].
Abs. 1 652 I.
Abs. 1 S. 2 79[65]. 180, a b.
Abs. 1 i. f. 181[37].
Abs. 2 154[11]. 175[28]. 180, b. 284[38]. 420, c. 654[12].
325 86[26]. 187. 192[16]. 195, 1. 218[57]. 219[62]. 222[7]. 350[4]. 419[30]. 428, 3. 440[19]. 441[23]. 521[33 36]. 652 I. 731[141]. 735[178]. 771. 772, d. 994[4].
Abs. 1 521[34 36]. 540[33].
Abs. 1 Satz 1 441[25].
Satz 1 i. f. 182, b.
Abs. 1 Satz 2 81, α. 181, a. 183, b. 186[73].
Abs. 2 131[30]. 186. 187. 521[36].
325 ff. 472[113]. 589[22].
325—327 987[20].
326 45[24]. 67[8] a. 144[30]. 153[3]. 187. 188[10]. 192[17]. 195, 1. 198[6]. 205[26]. 210[19]. 218[57]. 219[62]. 246[32]. 265[26]. 426[44]. 428, 3. 430, 4. 431[26]. 437, 5. 521[33 36]. 540[33]. 545[40]. 548[8 13]. 596, b. 602[14]. 606, 3. 652 I. 683[20]. 726[55]. 731[141]. 771. 772, d. 994[4].

§
326 Abs. 1 Satz 1 189[17].
Satz 1 u. 2 188, b.
Satz 2 i. f. 190, 5.
Satz 3 189, 3.
Abs. 1 i. f. 69, d. 157[12].
Abs. 2 425[27]. 431[19]. 440[19].
326 i. f. 69[10].
326 ff. 140[1].
327 30, a. 59, 2. 190, 5. 431[26]. 522[41]. 659[34]. 683[26]. 994[4].
Satz 1 182, b.
Satz 2 186, b. 191[7]. 191, 1. 987[20].
328 224. 227, b.
Abs. 2 224[16]. 225. 281 I. 284[25].
Abs. 2 i. f. 277[33].
328 ff. 223[12]. 903[6].
329 226, a. 351[10].
330 56, a. 221[3]. 226, a. 606, 1 a. 841[35]. 854. 855[21].
331 224[16]. 228[26].
Abs. 1 226, b.
Abs. 2 227, b.
332 225[9]. 227[17]. 227, 2.
333 228, 3. 228[26]. 284[21].
334 225[4]. 229, 4.
335 224[19]. 229, 5.
336 208[1]. 208, 2.
Abs. 1 208, a.
Abs. 2 207[10]. 208, 2.
337 Abs. 1 210, a.
Abs. 2 210, a.
338 127[49]. 209, α. 210, b.
339 140[1]. 153[2]. 211. 213[22]. 214, c. 216, 1. 217[45 46].
339 i. f. 213, b.
339 ff. 211 I.
340 218, a.
Abs. 1 219, β.
Abs. 2 212, 2. 219, α.
340 ff. 218[51].
340—342 218.
341 Abs. 1 219, b.
Abs. 2 219, b.
Abs. 3 220. 220[70 72].
342 211. 218. 219, α. §. 219, b.

§
343 207 9. 211 6. 215 II. 536 56.
Abs. 2 215 34.
344 167 21. 211 I. 212,a. 213,b.
345 217 1.
345 i. f. 217 49.
346 72. 125 33. 184,α. 199,3,4. 201,α. 522 47. 606 23. 773 26.
346 ff. 69,d. 108 4. 125 31. 153 3. 182 47. 191 5 6. 198 9. 199,3. 246 32. 426 47. 431 26. 683 26.
346—356 727 96. 732 145. 740 236.
347 30,a. 83 103 a. 182 49. 199 4. 201,β. b. 201 31. 467 80 83 84 85. 585 47. 606 23. 659 34. 660 48.
347 i. f. 29,2. 59,2.
348 125 34. 200,5. 459,6. 465 63.
349 198,2. 413 68. 584 41.
350 125 35. 175,a. 202,a. 203 9. 465 65.
350 ff. 442 53. 452 60. 465 64.
351 125 35. 202,a. 203,α. 441 38. 465 67. 481 39.
351 i. f. 125 36.
351 ff. 182 50. 466 79.
351—353 414. 480 35.
351—354 184 63.
352 125,b. 203,b. 465 68.
353 125,b. 203 12. 466 71.
Abs. 2 204 22. 204,β.
354 67 8a. 126,4. 204 20. 205,a. 466 73 74.
355 68 5 b. 126,4. 185 I. 190,5. 206,3.
356 125 32. 206,4. 459 4. 464,γ. 466 76. 492 40. 529 51. 772,d.
§
356 815,1.
357 108 4. 205,b. 301 12. 413 68. 548 13.
358 205,b.
359 197,1. 205,c. 206,1. 207 7.
360 108 4. 112 32. 198,1. 501 III. 502 12. 536 55. 609,b.
361 112,b. 128 I. 185,2. 191,1. 191 5. 198,1. 545 40. 683 19. 726 35. 987 20. 994 4.
362 231 1.
Abs. 1 231.
Abs. 2 231. 232 2. 236,α.
362 ff. 5,3. 230,2.
363 49 28. 61 42. 121. 176,1. 220. 220 67. 232,1. 239 61. 452,δ 7. 484 9. 689 5.
364 Abs. 1 262 I.
Abs. 2 263,2. 264 II. 265 25. 270 13.
365 195 10. 264 I. 264 18. 501 6.
366 291 31.
Abs. 1 231. 238.
Abs. 2 239,4.
367 60,b i. f. 238,a. 238 54. 291 25.
Abs. 2 238,a.
368 152 51. 239,5. 240 69 70. 929 17. 949 39. 971 8.
369 37 38. 99 7. 239,5. 239 66.
370 235. 235 28.
371 152 51. 241,6.
372 53. 152 III. 155,b. 277 52.
372 i. f. 277 26. [278,1.
Satz 1 278,1. 279,a.
372 ff. 101 21. 394 17.
373 155,b. 276,d.
374 276 19.
Abs. 1 276,a.
Abs. 2 276,c. 282 9.
375 276,b.
376 53. 277. 284 25.
Abs. 1 282,1.
Abs. 2 286,2.
§
376 Ziff. 1 283.
Ziff. 2 282,1.
Ziff. 3 282,1.
377 283. 284,2.
378 285 29. 287. 380 14.
379 53. 285 29. 380 14. 548 10. 888 6.
Abs. 1 285,1.
Abs. 2 276 22. 285 34. 286,1.
Abs. 3 285,1. 286,1.
380 287 44.
381 281,γ. 286. 286 40.
382 284,1.
383 279,b. 403,5. 404.
Abs. 2 u. 3 280 51.
383 ff. 155,b.
383—385 425 40.
384 Abs. 1 280,β.
Abs. 2 280,β.
Abs. 3 280,β.
385 280,α. 403,5. 404.
386 281,γ. 286.
387 288. 288 2. 292,1. 297,6. 833 24.
387 i. f. 293,3. 300 6. 870 15.
388 289 11. 290 II. 292 1. 300 6. 302 I. 1011 68.
388 i. f. 304,2.
389 38. 99,1. 289 12. 290 II. 269,b. 301 II.
390 17,3. 239 58. 296,a. 297 37.
391 Abs. 1 293,1.
Abs. 2 290 12. 293,1.
392 295. 295 28. 296,b. 307,2.
393 298,3. 298 45.
394 28 35. 664 26 30.
Satz 1 297,7. 297,a.
395 295.
396 Abs. 1 239 58.
Satz 2 291.
Abs. 2 291.
397 310,1. 311,1. 311 18. 312. 354 36. 510 60.
Abs. 1 310 I.
Abs. 2 241,5,6. 312 II. 381,a. 389. 914,a. 916 31.
398 31. 212 14. 320,a. 322,2. 328.

§
398 337 II. 342 [2]. 432 [5]. 510 [60]. 845 [60]. 916,γ. 1007 [23].
398 ff. 7,4. 319. 399 [7 9]. 774 [35].
399 126 [42]. 325,2. 598 [38]. 626 [39]. 783 [117].
399 i. f. 127 [46]. 326. 723 [56]. 970 [4].
400 126 [42]. 283. 328,a. 526,d. 1078 [46].
401 101 [28]. 320. 327,3. 335 I. 335 [6]. 935 [20 25].
Abs. 2 336. 386 [64].
402 321 [10]. 328 [2]. 337 I. 342 [3]. 347 [31]. 884 [12]. 935 [20 25]. 959 [12]. 971 [9].
403 332 [36]. 337 I. 342 [3]. 884 [12].
404 321 [8]. 336. 336 [9]. 337 II. 348,c. 564 [13]. 959 [8].
404 ff. 935 [20].
404—406 935 [25].
405 327,2. 339,a. 339 [29 31 34 35]. 342 [2]. 997 [23].
406 294. 295 [28]. 340,β. 341 [43]. 344 [11]. 569 [28]. 570 [30]. 786 [19].
407 321 [8]. 330,a. 337 [21]. 344 [11]. 348,c. 569 [24]. 786 [19]. 983 [37]. 987 [23]. 996 [22].
Abs. 1 330 [14].
Abs. 2 330 [18].
Abs. 2 i. f. 330 [14].
407 ff. 237 [42].
408 321 [8]. 330,a. 338 [25]. 786 [19]. 983 [37]. 987 [23]. 996 [22].
Abs. 2 320,α.
Abs. 2 i. f. 342 [3].
409 321 [10]. 334 [47]. 996 [23].
Abs. 1 332. 333,β.
Abs. 2 334,γ. 570 [34].
410 138. 332. 333,α. 338 [22].

§
410 Abs. 1 331,a. 332 [21].
411 334,δ. 342 [2].
412 101 [28]. 322,1. 336 [13]. 342. 344 [11].
413 31. 319 [3]. 322 [20]. 336 [9]. 399 [7 9]. 432 [5]. 510 [60]. 716 [3]. 721 [37]. 762 [54]. 774 [35]. 916,γ. 996 [22 23]. 1007 [22].
414 226 [14]. 351,a. 354. 357. 361 [11]. 362,2. 363,3.
414 ff. 7,4. 319 [4].
415 68 [5] b. 226 [14]. 352,b. 352 [21]. 356 I. 358. 360 [1]. 360 [6]. 361,c. 362,2. 364 [35].
Abs. 1 353.
Abs. 1 i. f. 352 [21]. 355,3. 355 [39].
Abs. 2 354. 355,3.
Satz 2 362 [22].
Abs. 3 352,b. 363,3.
416 360. 360 [6]. 361 [18]. 362,2. 363,4. 363 [33]. 364 [35].
Abs. 1 360,1.
Abs. 1 i. f. 361 [14]. 362,d. 362 [22].
Abs. 2 361,c.
Abs. 3 361,a.
417 355,4. 365 I. 362 [25].
Abs. 1 Satz 1 357,1.
Abs. 1 i. f. 357,1.
Abs. 2 363,3.
418 273 [34]. 357,2. 358 [16].
Abs. 1 i. f. 358 [15].
Abs. 2 358.
419 364 [2]. 365. 365,1. 366 [16]. 376. 376 [52]. 568 [10].
Abs. 2 366,3. 366 [23].
Abs. 3 365.
420 10,a. 37 [36]. 38. 39 [46]. 173,a. 369 [3]. 370,2. 371 [15 16]. 374. 376 [44]. 513 [4]. 609,a.
420 i. f. 371,c.
420 ff. 1082,1.
421 10 [6]. 372 II.
421 ff. 10,b. 376.

§
422 372 [20]. 376 [51]. 380. 388 [14].
Abs. 2 294,a. 388 [16].
422 ff. 10 [6].
422 i. f. 380 [15].
423 10,b. 10 [6]. 90 [4]. 229 [37]. 312 [22]. 375,a. 376 [51]. 377 [54]. 380. 389. 807 [18].
424 375,a. 377 [52]. 381,a. 389 [25].
425 10 [6]. 90 [4]. 380 [19]. 382,2. 382 [27].
Abs. 1 381,b. 390 [26].
Abs. 2 317. 318 [15]. 392 [5]. 876 [19].
426 82 [95]. 374 [35]. 375,a. 375 [39]. 376. 378 [60]. 381 [22]. 384 [47]. 781 [104]. 816 [106]. 873,a. 883. 885. 889 [14]. 1072,1. 1073 [44].
Abs. 1 349 [43]. 383 II. 384. 385 [57]. 386 [66].
Abs. 1 Satz 2 383 [41]. 385 [58].
Abs. 1 i. f. 800 [47].
Abs. 2 345,a. 349 [43]. 386. 386 [66].
426 i. f. 347,b. 386,b.
427 13. 37 [37]. 173 [12]. 370,a. 370 [7 9]. 371 [16]. 373 [26]. 374. 609 [11]. 787 [26]. 824 [47]. 872,a.
428 372 II. 387,2.
428 ff. 10,b.
429 10 [6].
Abs. 1 375,a. 377 [53]. 389.
Abs. 2 317. 318 [15]. 389. 389 [18].
Abs. 3 10 [6]. 229 [37]. 294,b. 312 [22]. 375,a. 377 [54]. 388 [14 16]. 389. 390 [26].
Abs. 3 i. f. 390 I.
430 374 [35]. 375,a. 375 [39]. 376. 389 [22]. 390 II.
431 11,a. 392 I. 591 [37].

§
431 621 77. 635,1. 787 26.
432 11,a. 14. 39 46. 374. 393. 395 28. 513 4. 529 52. 677 2. 744 25. 761 40. 772 19. 775,b. 785. 815,1. 815 100 101. 1082 I.
Abs. 1 274 3. 394 22. 513 4. 616 81.
Abs. 1 Satz 2 394,α.
Abs. 2 12,a. 815 99.
433 146 10. 167 15. 399,1. 401,b. 406,1. 407 15. 414 74. 419,2. 491 27. 704 6.
Abs. 1 427,1. 429. 432,1. 513,1. 720 84. 774 84.
Abs. 1 Satz 2 418 26.
Abs. 1 i. f. 501 6. 552 1.
Abs. 2 45 24. 95 42. 109 9. 146 6 10. 421,1. 424,4. 501 7.
433 ff. 194 5. 195,1. 400,b. 400 18. 499. 727 102.
434 432,a. 435 39.
435 433,b. 437 48.
436 433,a.
437 Abs. 1 434.
Abs. 2 434,b.
437 ff. 323 30. 418 27.
438 435,c. 435 32.
439 Abs. 1 434 22. 436,4.
Abs. 2 233 14. 436,4. 437 48. 442 39 40.
440 727 102. 728 110.
Abs. 1 195,1. 428,3. 437,5. 438.
Abs. 2 440 23. 441 25. 441 29 30 31.
Abs. 3 438 5. 441 31.
Abs. 4 441 23. 441 29.
Abs. 2—4 441 28. 441,β.
441 441,β.
442 442,4.
443 433 21. 443. 826 74.
444 428,2. 429. 436 43. 728 110.
444 i. f. 337 17.
445 146 6 10. 194 5. 195. 195 10.
§
445 323 30. 501 II. 727 102. 774,a. 902,1. 904,4.
446 29,2. 31. 415 2. 417 20. 420 2. 423 22. 451 54.
Abs. 1 417,α. 420,1. 421,2.
Abs. 1 Satz 1 416,a. 422 5. 705 19.
Abs. 2 31 19. 418,β.
446 ff. 491 27.
447 31 19. 105 I i. f. 171. 420 2. 422 5. 423 22. 430 12. 705 19.
Abs. 1 52,3. 178 6. 417,a.
Abs. 2 412,a. 417 20. 430,1.
448 37 38. 423 17. 428,2.
Abs. 1 423,2.
Abs. 2 423,2.
449 37 38.
450 83 100 a. 492 34.
Abs. 1 424,3.
Abs. 2 424,3.
451 31. 418,c. 423,2. 424,3.
452 59,2. 133 2. 422,1. 690 15.
452 i. f. 422,1.
453 409,a.
454 426,c.
455 413. 413 64. 414. 501 III.
456 405,b.
456—458 822 42.
457 405,b.
457 i. f. 405,a, b.
458 405,b. 405 48.
Abs. 2 405,b.
459 173 18. 452 64. 453. 454 2 3. 459 9. 543 24.
Abs. 1 450 42. 455,α. 455 9. 456,a. 456 14 16. 457,2. 516 30.
Abs. 2 456,b. 457,2. 457 22. 484 5.
459 ff. 173,b. 196,b. 400 18. 429. 443,1. 446 16.
460 457 21. 478 121. 488 19. 542 19.
§
460 Satz 1 449,a.
Satz 2 450,a.
460 i. f. 444 5.
461 453,8.
462 91 17. 448,5. 459. 461,b. 484 5.
463 444 5. 447,b. 448,5. 448 34. 457 21. 458. 458 29. 459. 463 39. 471 II. 484 5.
464 49 19. 450,b. 451 53 58. 459 2. 488 19. 542 18. 685 40.
465 91 17. 459,a. 460 9. 461,b. 462,c. 464 51. 472 113.
465 ff. 473 122.
466 68 8 b. 461 20. 463,α. 463 39.
467 29,2. 30,a. 448 32. 449 37. 452 60. 459 4 5. 460 9 18. 464,γ. 465. 465 63 64. 466 69 78. 467,b. 467 80 82 84 85. 815,1.
Satz 1 473 128.
468 457 21 23. 463 43. 463,β. 544 27.
469 37,3. 37 34. 468 68. 468. 473 128. 545 42.
Satz 2 79 66.
469 ff. 467,c.
470 468. 473 123. 545 42.
471 468. 470 101. 470. 475 23. 476 24. 545 43.
472 133 56. 469,3. 470. 471 108. 476 24. 544 32.
Abs. 2 178 14. 470.
472 ff. 178. 461,b. 461 20 21.
473 133 56. 469,2. 469 99. 470. 501 5. 544 32.
474 464,γ. 473 123. 815 102.
475 464,δ. 466 77.
476 452 61. 453 8.

§
476 826 [74].
477 448 [33]. 457 [21].
473 [4]. 474 [9].
482 [58].
Abs. 1 474.
Abs. 2 474,α.
Abs. 3 474,β.
478 173,b. 448 [33].
475,γ. 480 [31].
482 [61]. 688,d.
878,α.
Satz 1 475,b.
Abs. 2 475 [18].
479 17,3. 482 [61].
688,d.
480 49. 173,b. 408 [28].
444 [7]. 457 [21]. 459.
472 III. 484 [5].
704 [6].
Abs. 1 447,a. 448,5.
517 [41].
Abs. 2 444 [5]. 447,b.
448,5. 458.
472 [116].
481 448 [34]. 477.
477 [7 11].
481 ff. 446 [18].
482 445 [9 10]. 479,3.
482 ff. 482 [56].
483 479,a.
484 479. 479,a. 483 [66].
485 451 [51]. 480,3.
486 478 c. 482 [56].
483,a.
487 448 [34].
Abs. 1 477,1.
Abs. 2 480,a.
Abs. 3 481,β. 481 [39].
Abs. 4 481,b.
488 481,b.
489 275 [14]. 481,b.
482,4.
490 477 [11]. 482,7.
952 [77].
Abs. 3 17,3.
490 i. f. 483 [62].
491 448 [34]. 478,c.
482,5,7. 517 [41].
492 477 [11 18]. 477,a.
478,c. 483,b.
493 49. 196,b. 501 II.
774,a. 902,1.
904,4.
494 483. 484 [4].
495 488,3.
Abs. 1 486,1.
Abs. 2 486,1.

§
496 68 [8 b]. 485 [1 2].
487,a.
497 488 [6].
Abs. 1 488 [3]. 489.
Abs. 2 489,2.
498 Abs. 1 490,4. 491,5.
Abs. 2 492,a.
498 i. f. 491,a. 492 [32].
Abs. 2 bis 501 493.
499 491,4.
Satz 2 490 [19].
499 i. f. 491 [26].
500 84 [105]. 85 [118].
492,a.
501 489 [14]. 492,b.
502 492,6. 815,1.
503 489,1.
504 493. 494 [7]. 495,2.
504 ff. 490 [17]. 493.
505 493.
Abs. 1 494 [11]. 495,b.
498,4.
Abs. 2 495 [13 19]. 499.
506 495 [20]. 496,b.
507 409 [27]. 500,b.
500 [56].
508 497,2.
509 499,a.
510 Abs. 1 497,a.
Abs. 2 497,b.
511 496,c.
512 496,c.
513 498,b. 815,1.
514 325 [10]. 497 [38].
498,a.
515 31. 195 [10]. 408 [25].
500 I.
516 20 [13]. 68 [8b]. 102 [30].
506 [24]. 507 [27].
Abs. 1 505,2. 506,β.
Abs. 2 510,β. 510 [53].
512 [75].
516 i. f. 512,4.
516 ff. 504 [7]. 505 [15].
517 506.
518 509,α. 511.
511 [63]. 603 [3].
Abs. 1 911,3.
Abs. 1 i. f. 917,2.
Abs. 2 504 [12]. 608,6.
512,3. 512 [75].
915 [26]. 916,β.
917 [11].
519 115,a. 261. 357 [7].
514 [4]. 515 [18].
524 [11]. 876 [22].
Abs. 1 514 [17].

§
519 Abs. 2 515,β. 515 [22].
520 513,1.
521 116 [3]. 160 [15].
513,2. 514 [10].
1021 [52].
522 141 [5 9]. 514,3.
523 194 [9]. 323 [30].
Abs. 1 516,a.
Abs. 2 515 [25]. 516,b.
516 [32].
524 196 [20]. 517.
Abs. 1 517,a.
Abs. 2 517,b. 517 [40].
525 Abs. 1 519,1.
Abs. 2 375 [26]. 518 [7].
519,1.
525 ff. 508,α.
526 520,2.
Satz 1 520 [19].
Satz 2 520,2.
527 521,4. 521 [36].
522,b. 990 [11].
993 [3]. 994 [4].
Abs. 1 522,b.
Abs. 2 518 [6]. 522,a.
528 115,a. 261 [14].
514 [13]. 524,1.
525 [22]. 611 [38].
Abs. 1 525 [19].
Satz 2 91 [13].
Abs. 1 i. f. 525,α.
525 [19 22].
529 524,1.
Abs. 1 525,β.
Abs. 2 115,a. 525,γ.
530 318 [20].
Abs. 1 526,2.
Abs. 2 528,b.
530 ff. 526,2.
531 Abs. 1 527,a.
Abs. 2 528,c. 528 [43].
994 [5].
532 318 [20]. 527,α-γ.
533 528,δ.
534 17 III. 20 [13].
507 [25]. 523 I.
535 530,1. 534,5.
535 [49]. 537.
538,b.
536 537,1. 552 [1].
536 i. f. 437,a.
537 541 [34]. 542,2.
542 [6]. 543 [19].
Abs. 1 543,1. 544,a.
Abs. 2 544,1.
537 ff. 195 [17]. 541.
538 546 II.

§
538 Abs. 1 542,1. 543 [19].
Abs. 2 83 [103a]. 539 [20]. 540,1. 542 [6]. 546 II. 686 [47].
539 1021 [52].
Satz 1 542,3.
Satz 2 542,a. 543 [15].
540 535 [52]. 543,5.
541 195 [11]. 533 [31]. 535 [52]. 541. 541 [34]. 541 [2]. 542,1. 542,2. 542 [6]. 542,3. 543,3. 546 [1 3].
542 67 [6a]. 538 [10]. 539,2. 541. 542 [6]. 543 [19]. 555 [17].
Abs. 1 i. f. 545,b.
Abs. 2 112 [33]. 545 [36].
542—544 200 [28].
542 ff. 541. 542,2. 544,b. 546,3. 585,a.
543 541. 542,3. 542,a. 994 [7].
Abs. 1 545,b. 545 [42].
Abs. 2 59 [24]. 541. 545,b.
544 532 [26]. 535 [52]. 543 [20]. 545,b. 585,a.
545 539,2. 543,4. 543 [18]. 545 [40]. 549,a.
Abs. 2 575 [17].
546 539,a.
547 83. 103,a. 551,b. 552 [46].
Abs. 1 539,b. 556 [7].
Abs. 2 84 [105]. 540 I.
548 548,2.
549 326 [12]. 533 [34].
Abs. 1 562,b.
Abs. 2 548 [17]. 562,3. 575 [17].
550 548 [17]. 550. 550 [29]. 552 [4]. 561 [16]. 575 [17]. 589 [36].
551 109 I. 531,2. 547,1. 642 [7].
Abs. 2 532 [26]. 547 [2].
552 547,a.
553 548 [17]. 550. 550 [29 31]. 552 [4]. 555 [17]. 556 [7]. 561 [16]. 585,b. 590 [31].
553 i. f. 550,2.

§
554 140 [1]. 548,b. 555 [17]. 585,b.
Abs. 2 301 [13].
555 548 [9]. 550 [32].
556 Abs. 1 550,3.
Abs. 2 532 [26]. 551,b. 551 [42]. 540 [24]. 558 [20]. 590 [34].
Abs. 3 533 [34]. 550 [33]. 551,c. 562 [17]. 562,3. 565 [16].
557 134,c. 551,a. 553 [6]. 585 IV. 586 [57].
558 550 [28]. 550,3. 591 [39]. 592 [52].
Abs. 1 540 [26].
Abs. 2 540 [26].
559 574. 579 [53]. 580 [56].
Satz 2 575,β.
559 ff. 532 [26]. 574.
Satz 3 756 [47].
560 Satz 1 576.
560 i. f. 576,c.
561 Abs. 1 578,a.
Abs. 2 578,b.
561 i. f. 578 [43].
562 577,b. 580 [60].
562 i. f. 576,d.
563 575,α. 579 [46].
564 109 II.
Abs. 1 580 I.
Abs. 2 532 [30]. 562 [19]. 566 [19]. 581 III.
565 110 [14]. 532 [20 26]. 562 [19]. 566 [19]. 572 [54].
Abs. 1 582.
Abs. 2 582,c.
Abs. 3 582,a. c.
Abs. 4 582,2.
566 532,3. 532 [26]. 566.
566 i. f. 566 [19].
567 583,a. 602 [12]. 602,c.
568 586.
569 583,b.
570 583 [38]. 584,c.
571 563 [1]. 564 [9]. 565 [15 18]. 565. 572 [51].
Abs. 1 566 [21]. 566 I. 567.
Abs. 2 565 [16]. 568,a. 571,3.

§
571 869 [7].
571 i. f. 570 [31].
571 ff. 7 [24]. 532 [26]. 533 [32]. 538 [13]. 546 [54]. 564,3. 739 [218].
571—575 572 [52].
572 567 [8].
573 569,α. 569 [22 24].
Satz 2 572 [52].
573 ff. 8. 565 [16].
574 569,β. 569 [22].
Satz 1 569 [25].
Satz 2 569 [25].
574 ff. 997 [25].
575 570,b.
576 570,c. 997 [26].
577 538 [13]. 564 [15]. 570,2. 571 [40].
577 i. f. 571,b.
578 564 [9]. 566,a. 566 I. 721 [39].
579 564,3. 567 [5]. 571,3. 571 [45]. 997 [25 26].
580 532,3. 532 [27]. 551 [44]. 563 [1]. 564,3. 574 I. 581 [12].
581 84 [105]. 110 [14]. 421 [8]. 531,1 2. 534,5. 535 [49]. 552. 580 I.
Abs. 2 532 [27]. 579,1.
581—583 531 [18].
582 554,1.
582 ff. 532 [26].
583 554,3.
584 554,2.
585 579,1. 579 [53 55].
586 557,b.
Abs. 2 580 [58].
586 ff. 532 [25 26].
587 ff. 557,2.
588 558 [16].
Abs. 1 557,2.
Abs. 2 558,a.
589 Abs. 1 558,b.
Abs. 2 558,b. 559 II. 559 III.
Abs. 3 558,b. 559 III. 580 [58].
590 532 [26].
591 555,4.
591 ff. 532 [26].
592 555,a.
592 i. f. 85 [113].
593 554 [3]. 556,c.

§
593 558 II. 559 [26].
Abs. 2 72.
Abs. 3 559 [25].
594 Abs. 1 559 III.
Abs. 2 559 II.
595 110 [14]. 532 [20 26]. 572 [54].
Abs. 1 582.
Abs. 2 582,2.
596 Abs. 1 533 [34]. 562,b.
Abs. 2 583,b.
Abs. 3 584,c.
597 134,c. 553,3. 585 IV. 586 [57].
598 503 [4]. 586 I. 587 [6]. 588,2.
599 116 [3]. 587 [6]. 592,b. 592 [51].
600 588 [11]. 591,a.
601 84 [111]. 152 [51]. 592 [52].
Abs. 1 590,b.
Abs. 2 84 [105]. 590,b.
602 589,a.
603 Satz 1 589,a.
Satz 2 589,a. 591 [40].
604 104. 109 I.
Abs. 1 590,c. 592,1.
Abs. 2 109 I. 588,b. 592,b.
Abs. 3 588,b. 592,3.
Abs. 4 591,1.
605 110 [15]. 200 [23]. 587 [6].
Ziff. 2 590,a. 591 [41].
606 591 [39]. 592 [52].
607 56. 270 [7]. 587 [6]. 595 [12 13]. 598 [1]. 601,3 1. 603 [17]. 870 [15].
Abs. 1 593.
Abs. 2 270,α. 271,b. 388 [15]. 599 [9]. 600,2. 600 [19]. 742,3. 748 [1]. 749 [12]. 833.
608 56. 595 [18]. 603,3. 750 [16 19].
608 ff. 109 I.
609 109 II. 110 [14]. 593 [2]. 602,b. 750 [20].
Abs. 3 111 [29]. 593 [57]. 602 [6].
610 168,a. 176 [39]. 587 [6]. 595 [13]. 596,2. 597 [30].
§
610 597,4.
611 642,1. 651,2.
Abs. 1 647 I.
Abs. 2 644 [19].
611 ff. 628. 662,1.
612 638 [58]. 639 [63]. 646,5. 646 [37]. 651,2. 654,2. 664 [31]. 675 [4]. 717 [8].
Abs. 2 43 [24].
613 99 [10]. 325 [10]. 643,3. 647 [1]. 656 [3].
614 109 I. 642,1. 651,2. 652 [1]. 664 [31].
615 181 [37]. 654,1. 702 [13].
Satz 2 79 [65].
616 171. 655,2 3. 655 [20]. 701 [48].
617 634 [16]. 646 [20]. 650,b. 653 [6]. 658 [24]. 662 [3].
617—619 643 [13]. 647 [44]. 664,b.
618 634 [16]. 651 [39]. 653 [6]. 658 [24].
Abs. 1 649,a.
Abs. 1 i. f. 646 [31].
Abs. 2 650,a.
Abs. 3 650,a.
619 649,1.
620 109 II. 656 I.
Abs. 2 656 III.
620 ff. 620 [65].
621 110 [14]. 657,d.
621 ff. 656 III.
622 646 [20]. 657 [14]. 657,d.
623 657,e.
624 602 [12]. 643 [12]. 647 [44]. 658,a. 665,α. 702 [15].
625 661 IV.
626 149 [32]. 647 [44]. 649 [12]. 650 [29]. 652 I. 653 [10]. 658,b.
626 ff. 32 [2].
627 646 [20]. 659.
Abs. 1 644 [14].
628 Abs. 1 659 [34]. 660,c. 994 [7].
Abs. 1 Satz 1 659.
Abs. 1 Satz 2 660,b.
§
628 Abs. 1 Satz 3 659. 660,b.
Abs. 2 649 [13]. 660,b. 703 [17]. 994 [9].
629 651 [43]. 652.
630 652.
631 675. 680,5.
Abs. 1 681,1.
Abs. 2 677,4. 757 [4].
631 ff. 628 [54]. 680,4.
632 43 [24]. 638 [52]. 639 [63]. 680,5. 690 [13]. 717 [8].
633 Abs. 1 516 [30]. 684 [5].
Abs. 2 447 [24]. 685,α.
Abs. 2 ff. 685,a.
Abs. 3 140 [1]. 685,α.
633 ff. 195 [17]. 682 [15].
634 678,a. 677 [13]. 685,a.
Abs. 1 686,α.
Abs. 1 Satz 2 682 [17]. 686 [49].
Abs. 2 683 [28]. 686,α. 727 [94].
Abs. 3 683 [28]. 684 [36]. 686,α. 697,1.
Abs. 4 686,β.
634—636 726 [89].
635 677 [13]. 684,a. 687,γ. 687 [65]. 688,d.
636 620 [65]. 682 [17]. 683. 705,3.
Abs. 1 i. f. 683 [20].
Abs. 2 684 [30].
637 688,6.
638 687,d.
639 Abs. 1 688,d.
Abs. 2 687,d.
640 146 [6 10]. 620 [65]. 689 [5 6]. 696,1. 701,1.
Abs. 1 684 [36]. 689,1.
Abs. 2 685,b. 689 [5]. 690 [11]. 690,1.
641 109 I. 676 [6]. 690,1 2. 697,1.
Abs. 1 675 [2].
Abs. 2 59,2. 133 [2]. 690 [15].
642 691,4. 704,2.
642 ff. 705 [16].
643 67 [8a]. 620 [65]. 691 [22]. 692 [26]. 698 [29]. 702,2. 704,2.

§
644 171. 677 [20]. 697 [15].
Abs. 1 Satz 1 696,1. 698,α. 700,β.
Abs. 1 i. f. 695 I.
Abs. 2 697,1. 700 [48].
644 ff. 705 [19].
645 648 [5]. 681 [5]. 699. 700,γ. 704 [12]. 705,2.
Abs. 1 698,α. 699 [36].
Abs. 1 Schlußsatz 698 [39]. 702,2.
Abs. 2 699 [36]. 703,2.
646 676 [6]. 686 [58]. 687,d. 690,2. 697,1. 698 [33]. 706.
647 678 [20]. 693,1. 705 [17].
648 693 [12]. 693,2. 705 [17].
648 i. f. 694.
649 149 [32]. 181 [37]. 200 [23]. 618 [46]. 626 [42]. 689 [3]. 692 [26]. 698,α. 701,1.
Satz 2 79 [65].
649 ff. 620 [65].
650 691,3. 702,1.
Abs. 2 702,1.
651 31. 195 [11 17]. 705 [14].
Abs. 1 703 [3]. 705,3.
Abs. 1 Satz 1 682 [18]. 704,1.
Abs. 2 682,2. 703 [1].
652 708,1. 709 [18]. 711,a.
Abs. 1 711,α.
Abs. 2 711,5. 713 [45].
652 ff. 708,2.
653 711,5.
654 709,3. 713,6. 654 [49].
655 713,b.
656 16,b. 16 [7]. 213 [16]. 713,c. 713 [44]. 987 [15].
Abs. 2 355 [43]. 917,2.
657 756. 758 [15]. 759,a.
657 i. f. 757.
657 ff. 26,b.
658 Abs. 1 759,2.
Abs. 2 760,2. 761,1.
659 760,a.
Abs. 2 762 [51].
660 42 [15]. 761 I.
Abs. 2 274 [3].
Abs. 3 761 [40].
661 758.
Abs. 1 761,1.
Abs. 2 761,2. 762,a.
Abs. 3 762,b.
Abs. 4 762,4.
662 31 [28]. 503 [4]. 622 I. 627 II. 628. 628 [55]. 892 [18].
662 ff. 239 [65]. 884 [4]. 886 [31]. 892 [12].
662—674 612 [3].
663 619 IV. 628. 647,6. 680,6. 991 [14].
663—685 628.
664 100 [10]. 120,3. 624 [28]. 676,2. 676 [9 11].
Abs. 1 624,a. 624 [22].
Abs. 2 325 [10]. 626,b.
665 412 [56]. 424 [36]. 613 [6]. 615 [25]. 636 [29]. 676 [11].
665 ff. 648.
665—668 681,1.
666 613 [6] 615,c. 621 [77]. 803 [28].
666—668 649 I.
667 31,c. 57 [13]. 58. 616,d. 623 [7]. 894 [5].
667 ff. 781 [101]. 798 [28].
668 57 [13]. 58. 617,1.
669 424 [26]. 618,a. 638 [55]. 690,3. 931 [32].
669 ff. 628 [57]. 651,3.
670 83 [103]b. 101. 152 [51]. 344 [12 14]. 351 [14]. 424 [26]. 617,a. 623 [7]. 638 [55]. 639 [60]. 690 [3]. 781 [102]. 884,1. 891 [5]. 893,a. 931 [31].
671 620 [65]. 893 [19].
Abs. 1 626,a. 639 [67]. 778 [78].
Abs. 2 627,β.
Abs. 3 627,β.
672 620,b. 621,β.
672 792,b.
672 ff. 893 [19].
673 620,a. 792 [13 14].
673 i. f. 621,α.
674 621,b. 622 [62]. 793 III. 793 IV.
675 31 [23]. 58. 58 [13]. 83 [103]b. 612 [2]. 613 [6 8]. 628 [54 55]. 642 [1]. 646,4. 647,6. 648. 649 I. 651,3. 675. 676 [9 11]. 680,4. 680,6. 681,1. 708,2. 884 [4]. 886 [31]. 892 [12].
676 623,b. 623 [15].
677 630,1. 631,3. 633,1. 633 [9]. 641,a.
677 ff. 27,b. 239 [65]. 631 [16]. 632 [19]. 637 [45].
678 634 [14]. 636,b. 639 [65]. 641,a.
679 101 [29]. 634,2.
680 116 [3]. 629 [60]. 630,1. 637,c. 637 [45]. 1021 [52].
681 58. 58 [13]. 635,a. 636,b. 636 [33]. 647,a.
Satz 1 636,a.
Satz 2 636,a.
682 637,c. 637 [45]. 641,a. 999 [51].
683 101. 344 [12 14]. 626 [38]. 633,1. 633 [9]. 634 [10]. 638,a. 638 [54 55]. 639 [60]. 884,1. 886 [31].
683 ff. 351 [15]. 467 [62]. 1004 [3].
684 101. 540 [24]. 639,b. 884 [6]. 1004 [3].
Satz 1 641 [16].
Satz 1 i. f. 636 [33]. 689,b. 893 [27].
Satz 2 886 [31].
685 101. 344 [12]. 507,b. 507 [27]. 509 [44]. 540 [24]. 638. 639,a. 848 [24]. 884 [6].
Abs. 2 509 [44]. 638.

§
686 631 [14]. 635 II.
687 632.
Abs. 1 640,1. 982 [26]. 999 [48].
Abs. 2 641,a.
Abs. 2 i. f. 641,b.
688 116 [5]. 742,2 4. 742 [12].
688 ff. 239 [65]. 741,1.
689 743,5.
690 116 [4]. 119 [2]. 503 [4]. 741 [2]. 742 [10]. 743,5. 745 [10]. 750 [16]. 1015 [81 82]. 1021 [52].
691 100 [10]. 120,3. 677,2. 745 [9 11]. 745,1.
691 i. f. 119,2.
692 741 [9]. 745,1. 745 [9].
693 152 [51]. 741 [2]. 742,1. 743 [13]. 747,2. 747 [26].
694 748,3.
695 281 [4]. 742 [10]. 743 [13]. 744.
695 ff. 109 I.
695—697 750 [30].
696 111 [29]. 742 [10]. 745. 748,4.
696 i. f. 743,4.
697 104. 746,3. 746 [19].
698 58. 746,2.
699 109 I. 152 [51]. 747,1.
700 104. 594 [6]. 597 [27]. 748 I. 748 [1]. 749 [9]. 750 [16]. 751 II.
Abs. 1 Satz 2 706 [7]. 749 [4]. 749,b.
Abs. 2 750,2.
701 752,1. 1021 [52].
Abs. 3 755,2.
701 ff. 116 [5]. 752 [8].
702 755,b. 1072 [31].
703 755,4.
704 756,2. 756 [47].
705 374 [35]. 348 [37]. 763 [2]. 764,1. 777,2. 777 [69]. 791.
705 i. f. 772 [13]. 773,1.
705 ff. 769,6.
§
706 Abs. 1 774.
Abs. 2 773,1. 775,α. 775 [43].
Abs. 3 773,1.
707 775 [45]. 776,c. 776 [52]. 776,d. 777,1. 781 [104]. 782 [104 108].
708 116 [4]. 773 II. 779 [50]. 798,4. 803 [21]. 814 [94]. 1021 [52].
709 12,b. 797 [15].
Abs. 1 777,a. 780 [90]. 809 [41].
Abs. 2 778,a. 780 [91].
709 ff. 13. 772 [14]. 777,2. 780 [91]. 786 II.
710 780,α β. 796 [14].
711 781 II. 796 [14].
712 Abs. 1 779 [84]. 779.
Abs. 2 779.
713 58. 100 [10]. 614 [18]. 779. 781 [101 102]. 798 [25 28].
714 13. 777,2. 779 [87]. 786 II. 796 [14].
715 779.
716 780,β. 803 [22].
717 325 [10]. 798 [25].
Satz 1 783 IV.
Satz 2 783,2. 790 [50].
718 781 III.
Abs. 2 781 [100].
718 ff. 12,b.
719 13 [28]. 766. 781 [99]. 783,2. 784 I. 790 [49]. 797 [17].
Abs. 1 14 [25]. 795.
Abs. 2 294,5. 765 [12]. 785.
720 786 I. 997 [27].
721 109 I. 779 [81]. 782 [104]. 782,1.
722 783,1. 788 [35]. 797 [22]. 799 [32]. 799,b. 799,6.
723 214 [29]. 778 [70]. 791 I. 793 [16].
Abs. 1 794,1 2. 794 [84].
Abs. 2 794,1 2 b.
Abs. 3 793 [28].
723—728 765 [11].
724 795,8.
724 i. f. 795 VI.
725 766. 783 [114]. 789. 790 [50]. 795,4.
§
725 800 [2].
Abs. 1 790,b. 813 [83].
Abs. 2 790,b.
726 791 II.
727 791 II.
Abs. 2 792,b. 796 [13].
728 766 [19]. 793 IV. 796 [13].
Satz 2 793 IV. 793 [26].
729 769 [38]. 791 [4]. 793 III IV. 793 [26].
730 Abs. 1 795.
730 i. f. 797,1. 797 [17].
730 ff. 790,b. 796.
731 501 [8]. 796 [5]. 797 [21]. 799 [25]. 799,b.
731 i. f. 796 [7].
732 797,2.
733 13. 789 [40]. 791 [56]. 796 [3].
Abs. 1 797,3. 798 [25]. 798,b. 802 [15].
Abs. 1 i. f. 797,3.
Abs. 2 776 [56 59]. 776,d. 799,a. 801 [11]. 802 [12].
Abs. 2 i. f. 773 [26]. 799,a.
Abs. 3 797,3. 799,a.
733 ff. 773 I. 776,d.
734 772 [19]. 797 [22]. 799 [32]. 799,b. 802 [12].
735 776,c. 788 [35]. 797 [22]. 799,6. 802 [18].
Satz 2 802 [14].
735 i. f. 800. 800 [45].
736 792 [8]. 793 IV. 794,1. 800 I.
736 ff. 790,b.
737 800 I.
738 Satz 1 801,b.
Satz 2 801 [5].
Abs. 1 802 [16]. 802,c.
Abs. 1 i. f. 802 [19].
Abs. 2 801,α.
739 776,c.
740 Abs. 1 803,a b. 803 [25].
741 785 [9]. 805. 806 I. 807. 807 [23].
741 ff. 27,b. 348 [37]. 395 [29]. 808,1.
742 391 [32]. 393 [12]. 395 [30]. 806,2. 810 [51]. 816 [108].

§
826 [77].
743 Abs. 1 808,1.
Abs. 2 809,1.
744 Abs. 1 809 [2].
Abs. 2 810,a. 824 [57].
744 i. f. 812 [73].
744 ff. 393 [14].
745 Abs. 2 810 [43]. 811,c. 812 [73].
Abs. 3 811,β. 811,c.
746 808 [28]. 813. 813 [75].
747 395 [38]. 805. 812,3.
747—750 393 [12].
748 809,1. 814,5. 816. 816 [105 106]. 823,2. 824 [55 57].
749 214 [29]. 785 [7]. 805. 810. 813 [77].
Abs. 1 816 I.
Abs. 2 817,1.
Abs. 2 i. f. 817 [9].
Abs. 3 817 [7]. 817,1.
749 ff. 395 [22].
750 818 [18].
751 817,1.
Satz 1 813.
Satz 2 812 [68]. 814,4.
752 799 [38]. 799,b. 821,a. 823 [49].
752 i. f. 821,a.
752 ff. 818,b. 818 [17]. 819. 819,α. 819 [27]. 820,α.
753 403,5. 797 [21]. 799 [35 38]. 821,b. 822 [45]. 823 [49].
Abs. 1 i. f. 822,α.
Abs. 2 822,α.
754 797 [21]. 799 [35 38]. 807 [18]. 822,β. 822 [43].
755 799 [39]. 816 [106]. 823,2. 824 [57 58].
Abs. 1 824. 824 [56].
Abs. 2 824.
Abs. 3 824. 826 [72].
756 799 [39]. 816 [106]. 823,2. 824 [57]. 825,b.
756 i. f. 826,2. 826 [72].
757 195 [10]. 501 [8]. 799 [40]. 826,3. 827 [81].
758 393 [12]. 817.
759 608.
Abs. 1 608,2a.
§
759 Abs. 2 609,b.
759 ff. 608.
760 109 I. 525,α. 1078,a.
761 606 [27]. 608,b.
762 15 [3]. 15 [5] 213 [16]. 269 [4]. 831,1. 832 [12]. 835,1.
Abs. 1 833 [26].
Abs. 1 Satz 1 833.
Abs. 2 355 [43]. 833. 917,2.
762 ff. 16 [7].
762—764 15,a.
762 ff. 987 [15].
763 15 [5]. 832 [14]. 835 [3]. 836,1 2. 836 [12].
764 836 II.
764 i. f. 837. 838 [28].
765 869 [7]. 887 [2].
Abs. 1 868,1.
Abs. 2 869. 870. 873 [49].
765 ff. 891 [3].
766 358 [18]. 435 [22]. 608 [5]. 871 [27]. 872,3. 874 [3]. 891 [3]. 895,1.
766 ff. 868 [3].
767 59,3. 377,5. 870 [22]. 880,2. 883 [31]. 903 [11].
Abs. 1 i. f. 877 [28]. 880,1. 887 [2]. 889 [18].
768 285 [32]. 377,5. 870 [21]. 876 [22]. 878 [27]. 883 [31]. 903 [9].
Satz 2 876,α.
Abs. 1 Satz 1 875,b.
Abs. 2 877,β. 877 [28].
769 375,b. 872,a.
770 877,c. 878,α. 879,β. 883 [31]. 903 [9].
Abs. 1 877,α. 877 [25].
Abs. 2 294,a. 301 [15]. 878,β.
771 881 [65].
771 ff. 377 [58]. 881.
772 882,b. 890 [28].
Abs. 1 882 [67].
773 888 [13].
Ziff. 1 378 [60]. 568 [11]. 882,α.
Ziff. 2 883.
Ziff. 3 883.
Ziff. 4 883.
§
773 Abs. 2 883.
774 345,a. 884,2. 888,2. 889 [14]. 889 [20 22].
Satz 2 347,b.
Abs. 1 i. f. 349. 885,b.
Abs. 2 349. 349 [43]. 873, a. 883. 885.
775 874 [54]. 886 II.
Ziff. 1 887,a.
Ziff. 2 887,b.
Ziff. 3 887,a.
Ziff. 4 887,a.
Abs. 2 886 II.
776 890,3. 890 [24]. 1074 [48].
777 874 [2]. 875 [9 10]. 890,b. 890 [25 28 31].
778 892 [14]. 893,b. 893 [25].
779 896. 897 [9]. 902,1. 904,6.
780 266,c. 288,c. 909. 910 [2]. 910 [6]. 911,3. 911 [17].
780 ff. 16 [6]. 354 [36].
781 312 II. 359,4. 833. 913 [5]. 914 [20]. 915,α.
781 ff. 341,4. 600 [20].
782 270 [16]. 900,5. 912,a b. 915,α.
783 906 [5]. 920 [11]. 923,c. 924,6. 927,1. 932,2.
783 ff. 229 [36]. 932,1.
784 22 [3]. 223 [11]. 266,c. 599 [16]. 908,2. 922,4. 923,c. 924 [40]. 929 [20]. 933 [5]. 934,3. 1002 [22].
Abs. 1 919 [5]. 925.
Abs. 2 926,7. 926 [64].
784—786 920 [11].
785 920,2. 929,b. 929 [19]. 930 [24]. 933 [2]. 934,3.
786 929,c.
787 920 [18].
Abs. 1 926,8. 930 II. 933,4.
Abs. 2 924,6. 930 [27]. 932,1.
788 921 [20]. 926,8. 931,1.

§
789 932,2.
790 924,6. 927 [3].
930 [25 26].931 [37 38].
933,1.
Satz 1 i. f. 933,1.
Satz 2 933 [3].
791 933,2.
792 920 [11 15]. 927 [4].
929 [14].
Abs. 1 921,3. 934,1.
Abs. 2 922,3. 934 [15].
Abs. 3 935,b.
Abs. 3 i. f. 935,a.
793 937. 938 [19].
946,1. 947.
947 [25].
Abs. 1 939 [20]. 947.
Abs. 1 i. f. 966,5.
Abs. 2 942,a.
Abs. 2 i. f. 970 [3].
793 ff. 26,b. 317 [7].
941,3.
794 8. 938 [24]. 939.
958,1. 965,a.
971 [13].
Abs. 1 944 [76]. 945 [3].
795 943,b. 959 [14].
970 [3].
Abs. 2 944.
Abs. 3 941 [38]. 944.
Abs. 4 943 [69].
796 8. 22 [3]. 317 [7].
908,2. 938 [20].
939 [20]. 940 [38].
944 [74]. 948,a.
950 [45]. 966,b.
967 [66]. 993 [31].
1002 [22 23].1041 [12].
796 i. f. 8 [26]. 945 [11].
797 152 [51]. 937.
949,b. 949 [40].
956 [41]. 958 [1].
798 953 I. 953 [6].
799 434 [28]. 953 [6].
954.
Abs. 1 956,a.
Abs. 1 i. f. 949 [43]. 956,a.
Abs. 2 954 [3]. 955.
800 954 f. 969 [92].
801 60 [33]. 951,a.
952 [77].
Abs. 1 Satz 1 952,b.
Abs. 1 Satz 2 952,b.
Abs. 1 i. f. 951,α.
Abs. 2 951,a. 957 [43].
Abs. 3 951,a.
802 952,β. 953. 956.

§
802 974 [40].
802 i. f. 952 [73].
803 59,a 938,b.
949 [44]. 950,4.
804 956,2. 957,2.
805 950,4. 950 [54].
958.
806 958,1. 959,3.
807 943,a. 943 [62].
944. 945 [1]. 947 [22].
950 [55]. 953.
953 I. 956,b.
958 [2]. 975 [50].
808 845. 970,4.
973 [29]. 974 [41].
975 [43].
Abs. 1 973,1. 975 [47].
Abs. 1 i. f 973,1.
Abs. 2 971 [10] 972 I III.
972 [21]. 974,2.
808 i. f. 974,3. [975 [45].
811 104.
812 505. 507,b.
836 [10]. 977 [12].
979. 986. 995.
995 [3]. 1003 [29].
Abs. 1 978. 993. 1005 [9].
Abs. 1 Satz 2 179 [23].
993 ff.
Abs. 2 313 [32]. 341 [47].
351 [24]. 917 [5].
977 [12]. 982 [24].
986 [7]. 987,a.
989 [38].
812 ff. 27,b. 210 [17].
271,a. 297 [38].
356 [5]. 438 [6].
579 [49]. 632 [20].
640 [6]. 890 [24].
917,1. 927.
977,2.
813 174 [18]. 297 [36].
299 [2]. 986,2.
987 [22].
Abs. 1 878,α.
Abs. 1 i. f. 986,a.
Abs. 2 113. 233 [18].
813 ff. 230 [3].
814 17 III. 170 [12].
271 [23]. 344 [13].
986. 988,3.
989 II. 989 [37 40].
814 i. f. 987,a.
815 990. 992,b.
816 981. 983 [36].
1021,b. 1022.
1084 [107].

§
816 Abs. 1 996 I. 996 [19].
1005 [7].
Abs. 1 Satz 2 984 [42].
998 [39].
Abs. 2 997 II.
817 832 [13]. 918,2.
918 [14]. 1000.
1001 [18]. 1003 [29].
1004 [33].
Satz 1 999 [1].
Satz 2 836 [10]. 993 [29].
1002 [18]. 1003,2.
818 179 [23]. 977,3.
985 [68]. 1005 [9].
Abs. 1 29 [4]. 1008,d.
Abs. 2 72. 977 [13].
1008,c.
Abs. 3 1005 [9]. 1006 [16].
1009,e. 1009 [46].
Abs. 4 140 [41]. 977 [13].
985 [52]. 986 [5].
1005 II. 1010,2.
818 ff. 253 [28]. 522 [41].
524 [16]. 528 [49].
819 58 [17]. 140. 640 [10].
977 [13]. 985.
985 [52]. 986 [5].
1006.
Abs. 1 140. 528 [50].
1006,b.
Abs. 2 140. 1007,d.
820 58 [17]. 977 [13].
985 [52]. 1006.
1007,c.
Abs. 2 58 [17]. 1007 [27].
1010,2. 1010 [40].
821 1011 III.
822 7 [23]. 254 [44]. 984.
998 [39]. 1005 I.
1010,2.
823 82 [20]. 562 [23].
609 [9 10]. 1012 [3 7].
1029 [29]. 1044 [13].
1051 [17]. 1052 [30].
1053 [44]. 1058 [1].
1063,1. 1063 [14].
1064 [15]. 1076 [16].
Abs. 1 1016. 1017 I.
1017 [19]. 1018,2.
1019 II. 1020,4.
1022 [50]. 1023 [5].
1024 [11].
1025,1 a.
1025 [16 18].
1030 II.
1030 [42]. 1041 [5].
1079 [61].

§
823 Abs. 2 1017 I. 1019[34].
1023. 1025,1.
1029,3. 1031.
1041[5]. 1043,1.
Abs. 2 i. f. 1024[7].
823—826 1045,b.
823 ff. 6,3. 27,a. 41[13].
65,a. 81[62].
140[39]. 298[43].
419[33]. 438[8].
624,1. 629[60].
640[3 4]. 665[35].
878[35]. 887,1.
944[78]. 977,2.
1012[12]. 1014,4.
1014[22]. 1069[10].
1086,b.
824 1028,2. 1029,2.
1031[9]. 1033[30].
1034[33]. 1076[15].
Abs. 2 1029,2. 1029[25].
825 1076[16].
826 41[13]. 490,4.
624,1. 762[49].
889,a. 889[20].
1012[13]. 1022[66].
1031[9]. 1031[9].
1035[44]. 1040.
1041[7 11]. 1043,1.
827 1045,a. 1045[23].
828 673[16].
829 216[59]. 261[15].
1013,2. 1013[18].
1045,b. 1046[38].
1062[4]. 1073[40].
830 375,b. 1070.
1071[25].
Abs. 1 Satz 1 1069,1.
Abs. 1 Satz 2 1069,2.
1071,c. 1073[41].
Abs. 2 1069,1.
831 616[30]. 663[15].
755[39]. 787[27].
1021[52]. 1037[17].
1039 II. 1049.
1050[10 14].
1051,b. 1051[23].
1052,3. 1057.
1057[29 32 35].
1064[24].
Abs. 2 1052,3.
831 ff. 81[52]. 747[32].
1076[16].
832 1045[39]. 1049.
1052 II. 1054.
1064[24].
Abs. 1 i. f. 1062[1].

§
832 Abs. 2 1053,3.
833 1061 I. 1062,1.
833 ff. 1048[6].
833—838 1076[17].
834 1064 II.
835 1065. 1066,1.
Abs. 1 1066,3. 1067,4.
Abs. 2 1067[16]. 1071[25].
Abs. 2 Satz 1 1067,4.
Abs. 2 Satz 2 1067,4.
Abs. 3 1067,4. 1067[16].
836 1047,2. 1059[7 18].
1060,1. 1060[16].
1061[28].
Abs. 1 1060,2.
Abs. 1 i. f. 1060[18].
Abs. 2 1061,b.
836—838 1058.
836 ff. 1058[3].
837 1061,4. 1061[28].
838 1061,b.
839 624,1. 1012[12].
1035 I. 1037[11].
Abs. 1 i. f. 1038[25].
Abs. 2 1036[7]. 1038,3.
Abs. 2 i. f. 1038[28].
840 82[95]. 88[19].
375,b. 1071[25].
Abs. 1 1068[6]. 1071,4.
Abs. 2 375[39]. 385,2.
663[15]. 1051,b.
1053,1. 1072,1.
1073[38].
Abs. 3 375[39]. 385,2.
1060,1. 1064 I.
1068. 1072,1.
841 375[39]. 385,2.
1037,a. 1072,1.
842 1029[24]. 1030 I.
1076. 1078,b.
842—846 650,a.
842—852 1014,3.
843 1077.
Abs. 2 1078,a.
Abs. 2 i. f. 1077.
Abs. 3 1077.
Abs. 4 78,b. 1077.
843 ff. 56,a. 611[28].
844 609,a. 1018[31].
1079,a.
Abs. 2 1081,β.
844 i. f. 1081[73].
844 ff. 1016[6]. 1059[13].
845 1082 I.
845 i. f. 1082 I.
846 1080. 1082 I.
847 21[18]. 58[22]. 70,3.

§
847 86. 87[7]. 318 II.
325[10]. 829[9].
1076[22]. 1078,b.
Abs. 1 Satz 2 1079,1.
Abs. 1 i. f. 89[23].
Abs. 2 1030 I.
848 1084,a.
849 75,c. 1084,b.
850 83[103 a]. 1085,c.
Abs. 2 507,b.
851 997[30]. 1083,2.
852 641[11]. 1044[16].
1086,a b.
Abs. 2 983[35]. 999[50].
1000[6]. 1087,2.
853 878,a. 1087,3.
854 417,b.
Abs. 2 565[18].
854 ff. 429[1].
855 652[1]. 947[28].
857 946[18].
857 ff. 1020[47].
858 1025[16].
859 Abs. 1 788[34].
866 807[19].
867 1044[16]. 1087[15].
868 1059[14].
873 322[20]. 361[13].
417,b. 567[3].
1001[17].
Abs. 4 1081[75].
873 ff. 163[43]. 432[8].
875 983[32].
879 244[16]. 694.
903[12].
883 3[6]. 414. 414[74].
490,4. 494[5].
499[46]. 694.
694[24].
891 433[19].
892 438[7].
892—894 995[5].
893 570[35].
904 1044[16]. 1087[15].
905 415[3].
908 1058[4].
910 67[3 a].
915 72.
921 804[3].
923 804[3].
925 146[11]. 155,a.
163[43]. 233,2.
361[13]. 399[5].
414[73]. 415[3].
417,b. 432[1].
774[32]. 900[35].
1001[17]. 1007[39].

§
927 981 17.
928 155 22. 566 1.
929 146 11. 209 14.
282 7. 399 5.
400,b. 415 2.
749 2. 774 32 33.
1001 17.
Satz 2 416 9. 749 5 8.
762 34. 916 31.
Abs. 2 429 4.
929 i. f. 474 8. 599 9.
600 18.
929 ff. 193 1. 233,2.
281 6. 416,a.
429 2. 900 35.
945 4.
929—931 432 3. 599 6.
937 13. 1007 32.
930 416 10. 429 4.
474 8. 557 9.
599 10 14.
931 5,2. 83 101. 282 8.
282,1. 416 11.
429 4. 474 8.
564 12. 599 11.
916 22. 997 26.
932 439 9. 939 29.
Abs. 1 i. f. 916 33.
932 ff. 419 33. 438 7.
598,a. 945 8.
948. 954 13.
971 13. 995 6.
935 576 23. 948.
958 1. 985 51.
Abs. 2 599 7. 937 13.
945 5. 947 25.
949 40. 985 51.
936 575 16. 578,b.
579 34.
937 ff. 945 7.
946—951 1008 42.
946 ff. 640,1. 682 14.
954.
947 808 29.
947 ff. 804 5.
948 808 29.
950 125 37. 203 12.
677 30.
951 507,b. 687 59.
976 2. 999 42 43.
952 337 16. 971 14.
955 640,1. 981 20.
956 552 3 4.
956 ff. 579 53.
962 1044 18. 1087 15.
963 804 3. 808 29.
964 981 19.

§
965 ff. 945 7.
966 403,5. 404.
742 9.
974 68 3 b.
977 981. 998 41.
999 42 43.
979 ff. 403,5.
984 30 11. 804 3.
985 82 37.
985 ff. 413 69. 640 1.
986 916 24.
Abs. 1 Satz 1 413 69.
Abs. 2 546 54. 564 9.
564,2. 587 8.
997 26.
986 ff. 564 10.
987 29,2. 31. 133 6.
154 15. 201,b.
467 65.
987 i. f. 5,2.
987—990 253 38.
987 ff. 981 20. 1010,2.
988 981 20. 999 45.
989 ff. 82 38. 133 6.
201,b.
990 5,2. 58 17.
1085 120.
Abs. 2 5,2.
992 82 90.
993 981 20. 999 45.
Abs. 1 5,2.
994 84 111.
Abs. 1 1085 119.
Abs. 2 134 15. 467 62.
1085 120.
994—996 83 103 a.
994 ff. 640,1. 1010,2.
996 85 113. 134 15.
999 45. 1085 119.
1085 120.
998 134 15.
999 999 45.
1000 134 15. 1085 122.
1085 123.
1001 1085 120.
1002 1085 123.
1003 68 3 b.
1005 82 37. 1044 18.
1087 15.
1006 576 23. 1008 45.
1008 785 10.
1008 ff. 38,a. 807 17.
1082 69.
1009 766 15.
1010 814 66.
Abs. 1 813. 813 76 81.
Abs. 2 825,a. 826,2.

§
1011 785 13. 815,1.
1082 91.
1017 163. 163 48.
1032 916 33. 995 6.
1039 Abs. 1 72.
1045 ff. 841 25. 846 9.
1049 83 103 a. 84 106.
84 111.
1052 645 24.
1054 645 24.
1056 533 22. 997 25.
Abs. 3 68 3 b.
1066 Abs. 2 815,1. 816 1.
1067 72.
1068 7 20. 1019 36.
1070 645 24.
1071 817,1.
1074 i. f. 295.
1077 12 13. 274 1.
815,1.
1081 ff. 946 13.
1082 275 13.
1094 1020 45.
Abs. 1 491 23.
1094 ff. 490 17. 493.
494 5.
1095 812,3.
1098 493.
Abs. 2 494 5.
1105 8 30.
1105 ff. 605 17.
1106 812,3.
1107 56 4.
1108 7 24. 530 5.
Abs. 2 375,b.
1109 808 29.
1113 8 30.
1114 812,3.
1115 59,3. 59 28.
1118 59,3.
1118 ff. 903 11.
1127 852 59.
1127 ff. 841 25.
1133 67 3 a. 176 39.
1133 i. f. 113.
1137 285 33. 294,a.
301 15. 903 1.
1138 995 5.
1142 Abs. 2 100 12. 279 41.
294,c. 346,1.
1142 ff. 346,1.
1143 347,b. 349.
885 16.
1144 239 64.
1150 279 41. 345,b.
347,b.
1153 327 24 27. 885 16.

§
1153 Abs. 2 335 [5].
1154 322 [20].
Abs. 1 971 [9].
1155 237 [42].
1155 ff. 995 [5].
1163 317 [9]. 360 [3].
1164 363 [20].
1165 358 [14].
1168 358 [14].
1171 279 [41].
1175 358 [14].
1177 317 [9].
1184 ff. 693 [15].
1191 8 [20].
Abs. 2 59 [38].
1192 59 [38]. 239 [64]. 294,c. 363 [32]. 812,3. 995 [5].
1193 110 [14].
1194 106.
1195 941,3.
1199 8 [30]. 363 [32].
1199 ff. 56,a. 605 [17].
1200 56 [4]. 59 [38]. 113. 294,c. 995 [5].
1201 ff. 607.
1202 Abs. 2 602 [12]. 602,c. 607.
1204 ff. 882 [68].
1205 937 [14].
Abs. 1 Satz 2 742,3.
1205 ff. 574 [7].
1207 ff. 995 [6].
1208 244 [16].
1210 59,3. 903 [11].
1211 294,a. 903 [9].
1215 742 [9].
1216 84 [105] [111].
1217 744 [25].
Abs. 2 113.
1220 67 [8a].
1221 404 [35].
1223 153 [4].
1224 153 [4]. 279 [41]. 294,c. 346,1.
1225 346,1. 347,b. 349.
1227 576 [23]. 693 [8].
1228 ff. 403,5.
1229 262 [3].
1233 822 [42].
1233 ff. 404.
1235 Abs. 2 404 [35].
1235 ff. 822 [42].
1239 404. 407 [14].
1240 Abs. 2 453 [74].
1242 575 [18]. 995 [7].

§
1244 995 [6].
1245 ff. 453 [74].
1249 100 [12]. 294,c. 345,b. 347,b.
1250 327 [24] [27].
Abs. 2 575 [18].
1251 Abs. 2 869 [7].
1251 i. f. 321 [13].
1252 575 [18].
1253 693 [8].
1255 575 [18].
1256 575 [18].
1257 573 [1]. 574 [7]. 577 [33]. 580 [59]. 693 [7] [8].
1258 814,4.
Abs. 2 815,1. 816 [2].
1262 995 [6].
1264 59,3. 59 [38].
1266 83 [108a].
1272 995 [6].
1273 7 [20].
1273 ff. 1019 [38].
1276 317,1.
1281 12 [18]. 274 [3]. 744 [25].
1282 Abs. 2 295.
1288 Abs. 2 295 [24].
1289 59 [29].
1292 966 [57].
1293 937 [14].
1293 ff. 946 [13].
1300 21 [18]. 70,3. 86. 87 [7]. 318 II. 1030 [36].
1300 Abs. 2 89 [22]. 325 [10].
1301 209 [12]. 976 [2].
1345 1080 [73].
1347 68 [3]b.
1351 514 [16]. 524 [15]. 1080 [73].
1356 1082 [84].
1358 660,c. 665,a. 703,3.
Abs. 2 660 [46].
1359 5,2. 116 [4].
1360 Abs. 3 898 [16].
1360 ff. 514 [16]. 524 [15]. 1080 [73].
1361 109 I. 611 [23].
1370 29 [4].
1385 841 [25].
1388 375,b.
1392 274 [3]. 275 [13].
1393 958 [2].
1399 976 [2].
Abs. 2 999 [46].

§
1407 ff. 12,b.
1423 533 [32]. 997 [26].
1432 162 [31].
1432 ff. 806 [15].
1437 806 [15].
1438 Abs. 2 342 I.
1438 ff. 162 [31]. 806 [10].
1442 806 [12].
1446 512 [74]. 523 [6].
1455 976 [2]. 999 [46].
1459 786 [20].
Abs. 2 375,b.
1473 997 [27].
1475 13.
1477 501 [6].
Abs. 2 72.
1480 375,b.
1487 999 [46].
1497 997 [27].
1502 72.
1507 996 [11].
1519 999 [46].
Abs. 2 342 I.
1519 ff. 806 [10].
1524 997 [27].
1529 841 [25].
1530 375,b.
1539 976 [2]. 999 [46].
1546 Abs. 2 72.
1549 72. 342 I. 999 [46].
1549 ff. 806 [10].
1578 261 [15]. 514 [16]. 524 [15].
1578 ff. 1080 [72].
1580 611 [23].
Abs. 3 1080 [69].
1582 1081 [74].
1583 514 [16]. 524 [15].
1584 526 [20].
1589 Abs. 2 524 [15].
1598 912 [3].
1601 ff. 4,2. 514 [16]. 524 [15]. 1080 [72].
1603 261 [15].
1607 345,a. 1082 [84].
1607 i. f. 347,b.
1610 514 [14]. 1046 [35].
1612 109 I. 611 [23].
1613 140 [1]. 525 [22].
1614 898 [16].
1615 318 [19]. 525 [22].
Abs. 2 1080 [69].
1620 261 [15].
1624 17,4. 194 [9]. 196 [30].
1641 512 [74]. 523 [6].
1643 162 [36].

§
1654 841 [25].
1663 533 [22]. 997 [25].
1664 5,2. 116 [4].
1667 275 [13]. 958 [2].
1679 1036 [7].
1686 116 [4].
1688 612 [4].
1694 1037 [16].
1699 524 [15].
1700 1080 [72].
1703 514 [16]. 1080 [72].
1705 514 [16]. 524 [15].
1708 514 [16].
1708 i.f. 261 [15].
1708 ff. 1080 [72].
1709 345,a.
1709 i.f. 347,b.
1710 109 I. 611 [23].
1712 1081 [74].
1713 318 [19].
Abs.2 1080 [69].
1714 898 [16].
1716 274 [8]. 275 [14].
1718 912 [2].
1719 514 [16]. 524 [25].
1720 Abs.2 912 [3].
1721 514 [16].
1736 514 [16].
1736 ff. 524 [15].
1738 ff. 514 [16].
1739 1080 [72].
1757 514 [16]. 524 [15].
1082 [84].
1765 ff. 1080 [72].
1766 514 [16].
1789 1037 [16].
1795 404 [21].
1796 612 [4].
1804 512 [74]. 523 [6].
1814 275 [13]. 958 [2].
1815 958 [2].
1818 275 [13 14].
1821 1037 [19].
1822 1037 [19].
Ziff.1 162 [26].
Ziff.12 899 [27].
1833 375,b. 375 [29].
Abs.2 385,2.
1834 58.
1835 Abs.2 639,a.
1837 1037 [18].
1848 1036 [7].
1872 1036 [7].
1890 58 [13].

§
1890 ff. 239 [65].
1897 1037 [16].
1909 612 [4].
1910 1052 [34].
1915 1037 [16].
1925 58 [13].
1953 228 [25]. 983 [25].
1968 1080 [69].
1973 976 [2].
Abs.2 72 [20]. 91 [13].
1975 786 [20].
1975 ff. 366 [22].
1976 317. 318 [13].
1977 295.
1978 367 [31]. 614 [13].
1979 367.
1981 Abs.2 245 [23].
1984 ff. 245 [23].
1990 366 [23]. 367 [24].
Abs.1 366 [23].
1991 366 [23]. 367 [24].
Abs.1 367. 367 [27 31].
Abs.2 317. 368,3.
Abs.3 367 [29].
1992 91 [13].
1992 i.f. 72 [20].
2018 ff. 5,2.
2021 976 [2].
2022 88 [103] a.
2032 14. 806 [11].
2032 ff. 12,b. 37 [37].
2033 806 [12].
2034 812 [65].
2034 ff. 494 [3].
2038 Abs.1 583 [30].
2039 12,b. 274 [8].
744 [25].
2040 294 [23]. 529 [53].
2042 403,5.
Abs.2 501 [3].
2046 13.
2048 42 [15].
2058 13. 370 [12].
621 [77].
2058 ff. 37 [37].
2059 12,b. 13. 787 [26].
2060 ff. 38.
2113 Abs.2 512 [74]. 523 [6].
2114 274 [8].
2116 275 [13]. 958 [2].
2117 958 [2].
2125 Abs.2 84 [105].
2128 Abs.2 645 [24].
2129 645 [24].

§
2131 116 [4].
2135 533 [22]. 997 [25].
2140 294 [20].
2143 286 [27]. 317.
318 [13].
2151 374. 391 [23].
2152 391 [23].
2154 90 [2]. 92 [20].
2155 48,1 i.f.
2155 Abs.3 42 [15].
2170 Abs.2 72 [20].
2171 ff. 34 [9].
2174 4,2.
2174 ff. 26,b.
2175 317. 318 [13].
2180 228 [25].
2181 109 I.
2182 194 [9].
2183 196 [29].
2186 109 I.
2192 34 [9].
2193 67 [8] a.
2194 375 [26].
2195 520 [26].
2196 34 [9].
2205 512 [74]. 523 [6].
2207 512 [74].
2211 295 [23].
2218 614 [13].
2219 Abs.2 375,b.
2287 523 [6]. 524 [5].
976 [2].
2301 911 [18]. 917 [11].
2307 68 [8] b.
2317 Abs.2 328 [21].
2325 ff. 524 [9].
2329 Abs.2 91 [13].
Abs.3 515 [22].
2330 523 I.
2353 ff. 995 [9].
2366 995 [9]. 997 [29].
2366 ff. 237 [42].
2368 995 [10]. 997 [29].
2371 31.
2371 ff. 364 [2]. 368,4.
407 [11].
2377 317.
2379 31.
2380 29,2. 31. 420,b.
2381 85 [112].
2382 376.
2385 31. 364 [2]. 368,4.

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Art. 2 1024[15].
Art. 21 962[14].
Art. 22 645,a.
Art. 32 1014[24]. 1031[5].
Art. 34 944[81].
Art. 36 666[3].
Art. 39 61[47].
Art. 42 611[23]. 1077[29].
Art. 55 645,a.
Art. 62 607[39].
Art. 63 163[39].
Art. 67 645[35]. 645,a. 667. 941[49]. 1061[37].
Art. 69 1067[15].
Art. 70 1065.
Art. 70 ff. 1014[35].
Art. 71 1065.
Art. 71 Ziff. 1 1066,1.
Art. 71 Ziff. 2 1066[6].
Art. 71 Ziff. 4 1066,2.
Art. 71 Ziff. 5 u. 6 1068.
Art. 72 1066,3.
Art. 75 610,2. 841,4.
Art. 76 716[1].
Art. 77 1038,c. 1040.
Art. 77 ff. 1014[35].
Art. 78 1037,a.
Art. 80 645[37].
Art. 81 298,b. 328,b. 645[37].
Art. 86 512[74].
Art. 89 1044,3. 1064[21].
Art. 92 106.
Art. 93 580 I.
Art. 94 63,6. 490,3.
Art. 95 208[3]. 645[36 38]. 645,a. 661. 663,2.
Art. 95 Abs. 1 663[15]. 709,2.
Art. 95 Abs. 1 664[23].
Art. 95 Abs. 1 i. f. 665,3.
Art. 95 Abs. 2 120,3. 664,b. 665,a. 1073[36].
Art. 95 Abs. 3 664,a.
Art. 96 605[15]. 610,1.
Art. 97 960[23].
Art. 99 970[4]. 974[41].
Art. 100 942,a.
Art. 100 Ziff. 2 956[43].
Art. 101 960,b.
Art. 102 Abs. 1 956,b.
Art. 102 Abs. 2 974,2.
Art. 103 632[3].
Art. 105 1014[35]. 1054[2].
Art. 106 1058[39].
Art. 107 1024. 1053[37]. 1064[21].
Art. 108 1014[35]. 1040.
Art. 118 ff. 607[30].
Art. 119 821[41].
Art. 120 ff. 607[30].
Art. 131 816[1].
Art. 132 607[30].
Art. 142 163[37].
Art. 144—146 275,1.
Art. 145 Abs. 1 275,2.
Art. 145 Abs. 2 275,2.
Art. 146 279,a.
Art. 174 952[74].
Art. 176 960[18].

Handelsgesetzbuch.

§ 1 718.
§ 1 Ziff. 3 842,a.
§ 1 Ziff. 5 680,4.
§ 1 Ziff. 8 718[13].
§ 8 ff. 843[42].
§ 22 Abs. 2 533[39].
§ 25 368,4.
§ 25 Abs. 1 343 I.
§ 25 Abs. 3 368[35].
§ 28 368[35].
§ 49 899[26].
§ 54 ff. 235,a. 899[26].
§ 55 Abs. 2 235[29].
§ 59 ff. 645[22].
§ 62 649[16].
§ 66 657[15].
§ 70 658[26].
§ 72 Ziff. 1 644[15].
§ 73 437[2].
§ 74—76 214[28].
§ 76 673[15].
§ 76 ff. 672[4].
§ 77 Abs. 2 674[20].
§ 77 Abs. 3 674[21].
§ 77 Abs. 4 674[22].
§ 78 375[38]. 674[22].
§ 79 672[6].
§ 80 673[15].
§ 81 ff. 673[10].
§ 84 ff. 645[22].
§ 86 235[29].
§ 86 ff. 899[26].
§ 87 235[29].
§ 93 708[11]. 709[13].
§ 93 Abs. 2 709[13].
§ 95 709[17].
§ 97 711[26].
§ 98 710[24].
§ 99 718[46].
§ 105 Abs. 2 770.
§ 105 ff. 769,6.
§ 106 768[34].
§ 109 ff. 770[1].
§ 110 59[25]. 781[104].
§ 111 59[25].
§ 115 777[66].
§ 115 Abs. 1 780[97].
§ 120 777[69].
§ 121 776[58]. 783[113].
§ 124 765[11].
§ 128 375[38]. 788[36].
§ 130 804[82].
§ 131 Ziff. 3 765[11].
§ 161 Abs. 2 770.
§ 161 ff. 769,6.
§ 177 791[5].
§ 178 ff. 769[41]. 842[33].
§ 179 941,3.
§ 200 375[38].
§ 202 ff. 375.
§ 209 375[38].
§ 221 288[5]. 298,9.
§ 222 Abs. 3 960[2].
§ 223 971[9].
§ 224 960[2].
§ 225 375,b.
§ 228 Abs. 2 950[53].
§ 229 953[4].
§ 230 950[55].
§ 241 375[38].
§ 249 375[38].
§ 278 375[38].
§ 306 375[38].
§ 320 Abs. 3 298,9. 941,3.
§ 330 48[13].
§ 334 375[38].
§ 339 791[5].
§ 343 718[13].

§
346 23[10].
348 215 II.
349 882[71].
350 871[33]. 912,a. 915,α.
351 871[33].
352 62. 141,1.
353 59[35]. 422[6].
354 646[37]. 873[51].
355 59[35]. 63,c.
356 270,β. 375[38]. 279[46]. 403[26].
359 109[5].
362 619[63 68]. 647,6. 680[50]. 991[14].
363 962,2. 963[24].
Abs.2 845[69].
363 ff. 936[29].
364 Abs.2 962,1. 966,b. 967[66 67]. 968,γ. 1002[22].
Abs.3 961[10]. 965,3. 969,b.
365 961[7]. 963,3. 966,5.
Abs.1 961[9]. 966,5.
Abs.2 969,8.
365—367 996[12].
369 ff. 882[68].
371 403[26].
378 279[46]. 403[26].
374 426[44].
375 45,a. 146[10].
Abs.1 45[24].
376 403[30]. 431[22].
Abs.1 193,1.
Abs.2—4 193[22].
377 450[44]. 454[51].

§
379 403[30].
380 410[35].
Abs.2 410[39].
383 ff. 679.
384 616[27].
388 403[30].
391 403[30].
392 294[19].
Abs.2 294[19].
406 679.
407 ff. 417[16]. 679.
416 ff. 744[24].
419 Abs.1 751[24].
424 474[8].
425 ff. 679.
429 751[2]. 1054[2].
430 72.
431 119[25]. 120,3.
433 227[22].
435 226,a. 227[22].
437 403[30].
450 474[8].
452 679[26].
453—473 679.
454 679[25].
456 1054[2].
472 679[25]. 680,4.
485 120,3.
485 ff. 1014[26]. 1054[2].
486 120,3.
511 ff. 645[22].
606 1054[2].
611 72.
647 474[8].
664 ff. 679.
667 696[12].
679 ff. 166[9].
734 1014[26]. 1054[2].

§
744 ff. 645[22].
778 ff. 851[46].
778—900 841[24].
779 851[46].
780 850[43].
781 849[27].
782 849[30].
784 844[53].
785 850[42].
Abs.2 850[41].
786 Abs.3 847[11].
787 847[16].
788 848[17].
789 848[17].
792 847[13].
793 846[5].
799 846[7].
801 847[10].
801 ff. 847[10].
806 Abs.2 849[23].
807 849[22].
808 850[39].
Abs.2 850[40].
809 850[39].
810 850[39].
811 848[20]. 850[38].
812 Abs.1 844[53].
820 ff. 851[47].
821 Ziff.4 851[53].
861 ff. 847[12].
881 847[12].
891 845[60 62].
894 ff. 850[42].
899 845[60]. 852[60].
Abs.2 852[63].
Abs.4 852[61].

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch.

Art.
12 Abs.1 226[13].
14 838[27].
Ziff.5. 15[5].
17 973[25].

Art.
65 770.
66 770.
67 770.
69 770.

Art.
75 770.
83 770.

Civilprozeßordnung.

§
4 59[27].
12 102[3].
21 104[15].
29 102[3]. 412[51].
32 252[35].
50 Abs.2 767[25].

§
59 579[47].
59 ff. 9[3].
61 9[3].
66 442[36].
66 ff. 440[17].
68 442[38].

§
72 330[19]. 393[13].
72 ff. 442[36]. 475[21].
74 Abs.3 442[38].
75 278[36]. 283[15].
760[31].
76 549[22]. 590[22].

§
76 747 [24].
81 235 [26]. 303 [11]. 310 [4]. 899 [26].
83 ff. 899 [26].
89 994 [9].
100 880 [50].
129 ff. 302 [7].
145 305 [23].
Abs. 2 305,β.
Abs. 3 305,β.
145 i. f. 306 [23].
204 ff. 152 [55].
253 138.
255 130 [18].
255 Abs. 1 70 f. 190 [27].
257 58 [16]. 552 [46]. 581 [12]. 606 [22]. 610 [16].
257—259 133 [6]. 138 [25].
258 58 [16]. 610 [16]. 1078 [44].
259 58 [16]. 682 [17].
265 324 [2]. 330 [10].
268 138 [26].
271 462,c.
Abs. 3 94 [53]. 156 I.
281 138.
286 178.
287 178 [15]. 1076 [19].
301 99 [6].
302 305,β. 994 [9].
Abs. 4 306 [23]. 306 I. 1043,3.
306 310 [4].
307 901,5.
322 Abs. 2 302 [6].
323 1078,a. 1081 [76].
324 1077 [34].
325 365 [11]. 552 [47].
325 ff. 382 [36].
407 619 [56].
485 ff. 474 [12]. 480 [52].
486 Abs. 2 u. 3 480 [52].
488 474 [12].
500 138.
510 138. 902.
529 994 [8].
540 1044 [14].
541 994 [8]. 1044 [14].
580 Ziff. 4 901 [40].
592 40 [2].
600 994 [9].
Abs. 2 1043 [3].
606 ff. 898 [16].
640 ff. 898 [16].
688 40 [2].
693 138.

§
695 ff. 138.
704 ff. 94 [32]. 126 [37]. 204 [22]. 260,1.
705 130 [16].
706 130 [16].
708 Ziff. 1 901,5.
717 994 [9].
Abs. 2 1043,3.
721 552 [46].
726 460 [14].
729 365 [11]. 367 [26].
736 767 [22]. 787 [25]. 788,a.
747 18 [28].
754 235.
755 235.
756 175,b. 760 [14].
765 175,b. 760 [14].
767 388 [9].
Abs. 2 132 [32]. 300 [7].
771 329 [3].
775 bes. Ziff. 5 94 [31].
780 Abs. 1 367.
781 367.
786 367.
794 788 [31].
Ziff. 1 901,6.
Ziff. 2 902.
Ziff. 5 22 [3]. 40 [2].
803 ff. 260,1.
805 575 [15]. 579 I.
806 443. 453,8.
808 ff. 260,1.
811 ff. 115,b. 242,6. 260,1. 574 [10].
814 ff. 403,5.
815 93 [29].
816 Abs. 4 404.
819 93 [29].
821 403,5. 404 [34].
825 404 [34].
828 ff. 260,1. 320,a.
829 138. 234,3. 295 [25].
835 Abs. 2 263 [11]. 320 [7].
Abs. 3 330 [16].
835 ff. 320,a.
836 Abs. 2 321 [10].
Abs. 3 321.
845 234,3. 295 [25].
848 645 [24].
850 260,1. 327 [26] (ℭ℘Ø., nicht ℬ℔ℬ.). 664 [31].
Abs. 3 1078 [45].
850 ff. 115,b. 242 [6]. 297 [40].

§
851 326,a. 498 [42]. 561 [11]. 626,b. 783 [117]. 1079 [54].
Abs. 1 328 [29].
Abs. 2 326 [19].
852 328 [31]. 526,d.
Abs. 2 526 [27].
855 645 [24].
857 403,5. 645 [24].
859 790 [52].
860 ff. 242 [6].
864 ff. 260,1.
866 403,5.
878 ff. 820 [55].
883 93 [29].
883 ff. 18 [2]. 20 [16]. 32 [2]. 129 [10]. 131 [27]. 260,1.
887 4 [10]. 19. 44. 85 [114].
887 ff. 18 [2].
887—892 129 [10].
888 4 [10]. 19,1. 20 [16]. 32 [2]. 44. 648 [2]. 652 [4]. 726 [53].
Abs. 2 668 [20].
888 i. f. 664,a.
890 19,1. 20 [16]. 32 [2].
890 ff. 259 [3] a.
892 20 [16].
893 129 [11]. 131 [27 28]. 726 [55].
894 83 [26]. 241 [77]. 284 [23]. 334 [52]. 460 [12]. 694 [16]. 778,a. 810 [47]. 820 [30]. 857 [2].
894 ff. 20 [16]. 321 [14].
916 ff. 126 [37]. 204 [22].
930 234,3. 295 [25].
936 234,3. 295 [25].
937 ff. 482 [50].
938 645 [24].
945 994 [9]. 1043 [3].
946 ff. 578 [36].
1004 969,8.
1004 ff. 954.
1005 954 [9].
1007 954 [9].
1008 954 [10].
1009 ff. 954 [10].
1010 Abs. 2 954 [11].
1010—1013 954 [8].
1011 Abs. 2 954 [11].
1016 954 [11].
1017 954 [12].
1018 954. 969 [93]

§
1018 Abs. 2 954 [14].
1019 955. 955 [26]. 969 [91].
1019 ff. 952,β.
1020 952 [78]. 955 [21 25].
1022 955. 955 [30].
1023 974 [33 35].

Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung.

§
11 956 [40].
14 Ziff. 4 115. 261.

§
17 240 [67]. 601 [3]. Art. 93 552 [48].

Konkursordnung.

§
1 260,1.
Abs. 4 283.
1 ff. 242 [6].
6 306 II.
7 249. 251 [23]. 985 [3].
8 234,3.
16 793 [21]. 814,4.
17 246 [20]. 573 [58]. 584 [43]. 656 [5]. 738 [210].
Abs. 2 246 [37]. 738 [213].
18 193,4. 247 [38].
Abs. 3 193 [23].
19 584,α.
19 ff. 247 [38].
20 585 [47].
Abs. 1 584,α.
Abs. 2 585,d.
21 Abs. 1 573 III.
Abs. 2 308 [37]. 573 [59].
Abs. 3 573 III.
22 247 [38]. 656 II.
23 620,b. 621,β. 621,b. 656 II. 934 [12].
26 246 [31]. 585,d.
27 620 [73].
28 793 [36].
29 254,3.
29 ff. 249.
30 248 [5]. 251 [24]. 254 [46].
Ziff. 1 258,a.
Ziff. 2 258,b.
31 250 [18].
Ziff. 1 256,1.
Ziff. 2 257,8. 257 I.
32 251 [28]. 259. 523 [7].
Ziff. 1 523 [4].
33 258,b. 309 [46].
35 254,3.
37 253.
Abs. 2 259.
38 253,a.
39 243 [40].

§
40 254.
Abs. 2 Ziff. 1 u. 2 254,α.
Ziff. 3 254,β.
41 Abs. 1 256.
Satz 3 255 [56].
Abs. 2 256.
42 251 [22].
43 747 I.
43 ff. 244,a.
47 ff. 244,b.
47—49 244,b.
49 Ziff. 2 575 [15]. 580 [57]. 756 [46].
Ziff. 3 692 [1].
51 245. 767 [28]. 790,2. 793 [21 26]. 814 [90]. 825 [66].
52 245.
53 307.
53 ff. 243 [7].
54 309,3.
Abs. 2 309,b.
Abs. 3 309,c.
Abs. 4 309,a.
55 307,2.
Ziff. 1 308,b.
Ziff. 2 307,a.
Ziff. 3 308,c. 308 [39].
57 ff. 245,c.
58 Ziff. 3 260,1.
58—59 245,c.
59 Ziff. 2 246 [30]. 738 [214].
60 247,2.
61 247,b. 336 [10]. 358 [19].
Ziff. 1 664 [21]. 693 [10].
62 Ziff. 3 59 [27]. 336 [10].
63 247,a. 307 [30].
64 245 [28].
65 113. 176 [29]. 596 [20].
65—67 247,3.
66 309 [49].
68 379 [6].
69 247,3. 610.
70 247,3. 610.
78 1037 [16].

§
83 1037 [18].
95 ff. 314 [44].
102 Abs. 2 244,1.
102 ff. 243,1.
110 1037 [16].
111 ff. 793 [22].
117 ff. 403,5.
125 314 [40].
126 ff. 126 [27]. 204 [23].
129 1037 [19].
132 260,1.
133 246 [27]. 321 [13].
Ziff. 2 246 [25]. 899 [27].
146 ff. 820 [25].
154 247 [39].
168 Ziff. 4 247 [39].
169 247 [39].
171 309,c.
173 ff. 115,c. 313 III. 314,2.
175 314,1.
176 314,1.
181 314,2.
182 314,2.
182 ff. 115 [51].
183 314 [46].
184 ff. 315.
186 315,a.
187 315,a.
188 315,b.
Ziff. 2 313 [37].
190 315 [54].
193 16,a. 115 [51]. 315,3. 876 [24].
194 315 [54]. 882 [72].
195 316.
196 316.
197 316.
197 Abs. 2 316 [59].
198 316 [59].
207 243,1. 243 [13].
215 243,1.

Einführungsgesetz zur Konkursordnung.

§
4 115. 261.

Andere Reichsgesetze

in alphabetischer Reihenfolge.

Abzahlungsgeschäfte.

Reichsgesetz vom 16. Mai 1894, 501 [9]. 198 [9].

§
1—3 502 [15].
4 Abs. 1 215 II. 503 [16].
Abs. 2 502 [17].
6 502 [14].
7 503 [20].
8 502 [13].

Anfechtungsgesetz.

Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses, 249. Neufassung 252 [29].

§
1 255 [3].
3 Ziff. 1 255 [58]. 256,1.
Ziff. 1 u. 2 250 [18].
Ziff. 2 257 [3]. 257,1.
Ziff. 3 523 [4].
Ziff. 3 u. 4 251 [26]. 259. 523 [7].
5 253 [38].
6 254,3.
7 253.
Abs. 2 259.
8 253.
11 254.
12 255,5.
13 253 [39].

Arbeits- und Dienstlohn.

Reichsgesetz betr. die Beschlagnahme vom 21. Juni 1869, 260,1. 859 [14].

§
2 Abs. 2 328 [30].

Bankgesetz.

Reichsgesetz vom 14. März 1875.

§
1 943 [68].
4 Abs. 2 953 [5].
Abs. 3 956 [39].

Binnenschiffahrt.

Reichsgesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse vom 15. Juni 1895 (20. Mai 1898), 679.

§
3 ff. 1014 [36]. 1054 [2].
7 ff. 645 [22].
21 ff. 645 [22].
58 751 [2]. 1054 [2].
59 i. f. 120,3.

Börsengesetz.

Reichsgesetz vom 22. Juni 1896.

§
29 ff. 409 [32].
36 ff. 943 [66].
48 ff. 411 [48].
66 Abs. 2 834 [36].
66—69 838.
69 15 [5]. 838 [37].

Einquartierungslasten.

Reichsgesetz vom 13. Juni 1873, 13. Febr. 1875, 3. Aug. 1878, 21. Juni 1887, 24. Mai 1898, 539 [16].

Flößerei.

Reichsgesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse vom 15. Juni 1895.

§
1 ff. 645 [22].

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Reichsgesetz vom 17. Mai 1898.

§
72 ff. 819 [36].
99 819 [36].
129 428 [11].
165 394 [19]. 744 [25].
167 ff. 428 [11].

Gerichtsverfassungsgesetz.

§
155 678 [29].

Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Reichsgesetz vom 20. April 1892, 769 [41].

§
15 402 [28].

Gewerbegerichte.

Reichsgesetz vom 29. Juli 1890. 671,5 i. f.

Gewerbeordnung.

§
6 667.
34 Abs. 1 709 [14].
Abs. 2 490,3.
35 708 [6]. 714 [7].
Abs. 3 709 [12].
105 ff. 645 [23]. 666.
105 a ff. 669,a. 669 [21].
106 668,2.
107—112 668,2.
113 669,b.
114 668,2.
115 262 [3]. 670,α β.
115 ff. 670,α.
117 670 [32].
117 Abs. 2 670,γ.
118 670,β.
119 670,β γ. 670 [33].
119 a 670 [30].
119 b 670 [37].
120 a 649 [16].
120 ff. 669,b.
121 668,a.
122 671 [38].
123 671,4. 674 [21].
124 671,4.
Ziff. 1, 3—5 674 [21].
124 a 658 [28]. 671,4.
125 668 [20].
126 673,2.
126 a 673,2.
126 b 672,2.
126 ff. 672 [3]. 672,1.
127 673,a.
Abs. 2 672 [2].

§
127a 674 [8].
127b Abs. 1 674,4.
Abs. 2 u. 3 674,4.
Abs. 4 674,4.
127c 673,a.
127d 672,2. 674,3.
127e 674,4.
127g 674 [19].
Abs. 2 672 [9].
128 673 [13].
129 ff. 672,1.
129—130a 673 [11].
133 658 [26].
133a 657 [15].
133a ff. 667,1.
133e 670 [30].
134 668 [20]. 671,4.
134a ff. 669,a.
134b 658 [26].
135 ff. 668,2.
137 ff. 668,2.
146 670 [32].
154 Abs. 3 668 [19].
154a 667. 668 [16].
668,2. 669 a.
670,γ.

Grundbuchordnung.

§
12 1038 [26]. 1039 [42].
29 239 [64].

Haftpflichtgesetz.

Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 (EG. BGB. Art. 42), 1014 [4].

§
1 1055 I.
2 1056 III. 1062 [2].
3 1055 [4].
Abs. 1 1076 [18]. 1080 [66].
Abs. 2 1080 [69 71].
3a 1076 [18].
4 78 [63]. 1072 [34].
5 1054 [3].
7 1077 [29].
Abs. 3 1077 [34].

Hauptmängel und Gewährfristen.

Kaiserl. Verordnung betr. die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel vom 27. März 1899, 479 [26].

Hülfskassen (eingeschriebene).

Reichsgesetz vom 7. April 1876 und 1. Juni 1884, 859 [9].

§
10 260 [8].

Inhaberpapiere mit Prämien.

Reichsgesetz vom 8. Juni 1871, 503 [19].

§
1 944 [83].

Invaliditätsversicherung.

Reichsgesetz vom 13. Juli 1899, 859,1, 859 [10 11].

§
1 865 [70].
3 865 [73].
6 865 [72].
14 865 [72].
15 867 [83].
15 ff. 866 [78].
17 866 [80].
27 866 [75].
29 866 [79]. 867 [88].
30 866 [79].
32 ff. 865 [73].
36 866 [81]. 867 [89].
37 867 [84].
40 867 [85].
46 867 [86].
47 866 [78].
48 867 [86].
55 260 [8].
103 ff. 867 [87].
108 ff. 867 [87].
112 ff. 867 [87].
140 866 [74].
141 866 [74].
145 866 [74].

Krankenversicherung.

Reichsgesetz vom 10. April 1892, 858 ff., 1.

§
1 ff. 861 [28].
6 ff. 861 [35].
§
16 ff. 860 [22].
19 860 [24].
54 863 [47].
56 260 [8].
59 ff. 860 [20].
65 Abs. 3 260 [8].
69 ff. 860 [21].
73 860 [19].
Abs. 1 260 [8].
74 860 [18].

Münzgesetz.

Art. 14.

§
4 54 [7].

Muster und Modelle, Erfindungen, Patente.

Reichsgesetz vom 1. Juni 1891.

§
11 87 [14].

Reichsgesetz vom 7. April 1891.

§
37 87 [14].

Postgesetz.

Reichsgesetz vom 28. Okt. 1871 679 [37].

§
6 ff. 744 [25].
8 72 [22].
11 1056 II.

Rechtsanwaltsordnung

vom 1. Juli 1878.

§
30 619 [55]. 647,6. 680.

Rechtsanwälte Gebührenordnung.

vom 7. Juli 1879 bezw. 20. Mai 1898, 678 [27].

Reichsbeamtengesetz

vom 31. März 1873.

§
1 1036 [9].
6 260 [7]. 334 [53].
156 1036 [9].

Reichskassenscheine.

Gesetz betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen vom 30. April 1874.

§
6 Abs. 2 953 [5].
Abs. 2 i. f. 955 [17].
8 943 [68].

Reichsmilitärgesetz

vom 2. Mai 1874.

§
38 334 [53].
45 260 [7]. 334 [53].

Reichsschuldbuch.

Reichsgesetz vom 31. Mai 1891, 960 [33].

Reichsschuldenordnung

vom 19. März 1900.

§
4 942 [58].
16 955 [17].

Schuldverschreibungen.

Reichsgesetz betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dez. 1899.

§
11 ff.
24 943 [69].

Seemannsordnung

vom 27. Dez. 1872, 645 [22].

Strafgesetzbuch.

§
52 Abs. 2 527 [33].
61 ff. 898 [30].
73 87 [11].
145a 944 [61].
153 ff. 1025 [34].
164 ff. 1025 [24].
174 1029 [28].
176 1029 [28].
177 1029 [28].
179 1029 [28].
180 1026 [31].
181 1029 [31].
182 1029 [28].
185 1027,1.
185 ff. 1025 [22]. 1027 [2].
186 87 [6]. 1027,1. 1027 [5]. 1033 [30].
187 87 [6]. 1027,1.
188 21 [19]. 87,a. 1027,1. 1029 [24].
Abs. 2 86 [2].
193 1029 [26].
207 879.
227 1069 [15].
Abs. 1 87 [10].
229 Abs. 1 87 [10].
230 Abs. 2 674 [16].
231 21 [19]. 87,a.
Abs. 2 86 [2].
234 1018 [25].
235 1018 [25].
236 1018 [25].
238 1015 [25].
240 1015 [26 27].
267 ff. 1025 [22].
284 832 [11]. 835 [10].
285 832 [11].
289 577 [84].
299 1025 [21].
300 1025 [21].
334 1038 [31].
336 1036 [2]. 1038 [31].
340 879.
359 1036 [3 9].
360 Ziff. 6 1026 [30].
Ziff. 14 832 [11].
366 Ziff. 7. u. 8 1047 [5].
367 Ziff. 10 1069 [15].
Ziff. 13 1059 [5].
Ziff. 14 1026 [27].
368 Ziff. 2 1026 [30].

Strafprozeßordnung.

§
420 898 [30].
435 ff. 86 [3].
443 86 [3].
444 Abs. 1 86 [3].
444 Abs. 2 86 [4].
Abs. 3 89.
Abs. 4 89. 89 [22].
445 86 [3].

Strandungsordnung

vom 17. Mai 1874, 645 [22].

Unfallversicherung.

Gewerbeunfallversicherungsgesetz vom 30. Juni, Fassung vom 5. Juli 1900.

§
8 863 [50].
9 ff. 863 [53].
15 863 [55].
20 864 [58].
23 863 [49].
49 862 [42].
54 863 [47].
96 260 [8].
112 ff. 649 [16]. 863 [51].
125 ff. 864 [61].
127 863 [47].
135 87,a. 1072 [32].
Abs. 2 78 [63]. 1072 [34].
Abs. 3 864 [62].
135 ff. 864,5.
136—139 1074 [50].
140 864 [63]. 1074 [49].
140 i. f. 864 [64].

Bau-Unfallversicherungsgesetz 863 [53]..

Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirthschaft. 863 [53].

Unlauterer Wettbewerb.

Reichsgesetz vom 27. Mai 1896, 1012 [12]. 1014,4. 1030 ff.

§
1 1033.
Abs. 1 1033 [31].
Abs. 1 i. f. 1031 [8].
Abs. 2 1031 [7].
2 1031 [9].
3 1033 [30].
4 1033 [32].

§
5 1034 40.
6 1031 7. 1033,2. 1033 80.
Abs. 2 1034,2.
7 1034 82.
8 1031 7. 1034,3.
9 1035,c.
Abs. 3 1031 7.
10 1035 42.
11 1031 9.
12 Abs. 1 1033 81.
14 88 16. 1031. 1033 81. 1035 45.
15 1031 9.

Urheberrecht an Werken der bildenden Künste ꝛc.

87 13.

Urheberrecht an Werken der Litteratur und Tonkunst.

Reichsgesetz vom 19. Juni 1901.

§
19 ff. 720 29.
36 ff. 722 43.
40 87 13.

Verkehrsordnung für die Eisenbahnen Deutschlands

vom 15. Nov. 1892 bezw. 26. Okt. 1899, 679 35. 680.

Verlagsrecht.

Reichsgesetz vom 19. Juni 1901, 716. 717 7.

§
1 717.
2 728 111.
Abs. 1 719.
Abs. 2 u. 3 720,a.
2 ff. 734 163.
3 719 25.
4 720 30.
5 719.
Abs. 2 719 22. 730 125. 731 137.
§
6 719 23.
Abs. 1 730 125.
Abs. 2 731 138.
7 719 24.
8 720,b. 720 32. 727,β. 734 163.
9 Abs. 1 721 37. 726 82. 734 164.
Abs. 2 719 21. 722,1.
10 716 4. 725 78.
11 726.
12 729,γ.
Abs. 1 i. f. 729,γ.
13 729,γ.
Abs. 2 724 65.
14 717 5. 730,α.
Satz 1 731 138.
15 730,α.
16 730,α.
17 733,γ. 737 203.
18 737,β.
Abs. 2 737 205.
20 730,α.
21 Satz 1 731.
21 i. f. 731.
22 717 6. 732,β.
Abs. 2 735 176.
23 732,β.
24 732,β.
25 733,β.
26 733,β.
27 733,β.
28 Abs. 1 723.
Abs. 2 724 60. 725,2.
Schlußsatz 724 72.
29 734,a.
30 727,α.
Abs. 1 Satz 2 726 90.
31 727,α.
Abs. 1 725 77.
32 732 146. 733,γ.
33 735,b.
34 725 79. 736,c.
35 725 79 80. 733 157. 736,α.
36 738 f. 738 210.
Abs. 1 u. 2 739,4.
Abs. 3 738,α.
Abs. 4 739 221.
37 727 96. 732 145. 737 206. 740 226.
38 733 162. 739,5.
Abs. 2 735 183.
Abs. 4 737 206. 739 221.
39 728.
Abs. 2 734 163.
39 ff. 716 3.
§
40 728.
42 740,a.
43 740,b.
44 729 118.
45 740,b.
46 741.
47 717 12.
48 716 3.

Versicherungsunternehmungen (private).

Reichsgesetz vom 12. Mai 1901, 839. 839 12 13.

§
4 840.
5 840 16.
6 840. 842,a.
Abs. 3 841 30. 854 17.
7 840 20.
9 840 19.
10 841 28.
13 840 20.
15 ff. 843.
16 843,α.
17—19 843
20 843 44. 844 49.
21 Abs. 2 843,α.
24—27 843 40.
25 843 40.
26 843 40 844 51.
51 844 51.
53 844,5.
64 ff. 840 21.
70 ff. 840 15.
92 840 18.
119 839 10.
120 839 10.

Waarenzeichen.

Reichsgesetz vom 12. Mai 1894, 1032 14. 1034 29.

§
18 88 15.

Wechselordnung.

Art.
1 967 70.
4 962 16.
4 ff. 919 7.
9 962,2. 963 32.
10 963,3.
11 961 7. 963,3.

Art.
12 963 [81].
14 964,a. 964 [41].
17 964 [84].
19 969 [87].
20 969 [87].
25 ff. 931 [89]. 964,a.
31 969 [87].
36 961 [9]. 996 [12].
36 i. f. 966,5.
38 38. 99 [6]. 966 [63].
39 961 [10]. 969,b.
41 ff. 931 [89]. 964,a.
49 964,a.
50 62 [51]. 966 [63].
73 969,8.
75 237 [42].
76 237 [42]. 965 [43]. 968 [79].
77 929 [16]. 966 [63].
77 ff. 969 [88].
81 Satz 2 62 [51]. 966 [63].
82 962,1. 965,3. 966,b. 967 [66 70] 968,γ. 993 [31]. 1002 [22]. 1041 [12].
83 17,4.
96 962 [16]. 963 [28].
98 38. 99 [6]. 962,2. 963 [28]. 966 [63]. 968 [79].
100 966 [63]. 969 [88].

Werthpapiere.

Reichsgesetz über die Pflichten der Kaufleute bei der Aufbewahrung, vom 5. Juli 1896. 744,7. 750 [18]. 755 [35].

Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.

Reichsgesetz vom 24. März 1897, 260,1. 572. 822 [42].

§
9 Ziff. 2 573 II.
10 245 [26]. 336 [10]. Ziff. 4 56 [7]. Ziff. 4 u. 8 59 [29].
12 59 [27].
20 ff. 572 [50].
24 572 [54].
44 ff. 572 [57].
49 59 [28].
53 363,4.
56 418 [24]. 443. 453,8.
57 572.
58 423 [19].
59 573 II.
66 ff. 403,5.
68 Ziff. 3 407 [14].
81 Abs. 4 375 [38].
89 418 [24].
104 418 [24].
152 Abs. 2 571 [48].
152 ff. 645 [24].

Sachregister.

Die kleinen Ziffern verweisen auf die Noten und den bezüglichen Theil des Textes.

A.

Abandon 847[13].
Abfindung des Gläubigers durch einen Dritten 99 ff. Mit Eintritt in die Rechte des Gläubigers 101, 343 ff. s. auch Subrogation. Einfluß auf die sonstigen Regreßansprüche des Abfindenden 347 ff. Umfang der letzteren 344, 348[36].
Abfindung, Verträge über, zwischen gesetzlichen Erben 162.
Ablehnung der Leistung in der Zwangsvollstreckung 129 ff. Fristbestimmung 130. Folgen der Fristversäumniß 131 ff. Theilleistung 132. — Ablehnung im Verzug des Schuldners 144. Bei gegenseitigen Verträgen 188 ff.
Abnahme der geschuldeten Leistung 145 ff.
— der Kaufsache 424 ff.
— des hergestellten Werkes 689 ff. Bedeutung für die Gefahrtragung 696 ff.
Abrechnung, Versprechen, Anerkennung des Saldo 912 a, 915[37], 918[15].
Absonderungsberechtigte 244 ff. b.
Abstrakte Verträge s. Schuldversprechen.
Abtretung der Forderungsrechte 319 ff.
— Gesetzliche der Ersatzansprüche an den Gläubiger wegen Verlusts 80 ff., nicht bloßer Beschädigung von Sachen 80[74]. Abzutretende Ansprüche 81 ff. Bei Kollision von Kontrakts- und Deliktsansprüchen 82. Erzwingung der Abtretung 83.
— s. auch Uebertragung, Uebergang.
Abtretungsurkunde des bisherigen Gläubigers bei Forderungsübertragung, Aushändigung resp. Vorlage an den Schuldner 331 ff. Direkte und indirekte Vermittelung an den letzteren 332[34—36]. Folge 332 ff. Konstitutive Kraft der Anzeige 333 ff. Rücknahme der Anzeige 334γ. Verpflichtung des Cedenten zur Ausstellung öffentlich beglaubigter Abtretungsurkunde 337[16].
Abzahlungsgeschäfte 501. Sicherungsvorschriften 502 ff.
Acceptilatio 310[8].
Actio contraria 165[3].
— de effusis et dejectis 1047[5].
— de in rem verso s. Versionsanspruch.
— doli 1040[1] ff. 1041[8].
— duplex 818[19].
— funeraria 634[15].
— Pauliana 250[13].
Actiones liberae in causa 1045[22].
Actiones meram vindictam spirantes. Ausschluß der Abtretung 325[10], 1079[53] ff.
Addictio in diem 197[2], 199[17].
Adiudicatio 818[19].
Aerzte 644[17], 678[22].
Affektionsinteresse 70[13], 85 ff.
Aftermiethe, Afterpacht, s. Miethe.
Agenturverhältniß 707[3—8].
Aktienzeichnung, Aufrechnung 298[46].
Aleatorische Geschäfte 165 ff., 827 ff.
— Kein Rücktritt wegen Verzugs 610[19].
— s. auch Glücksverträge.
Alternative Ermächtigung 91.
Altersversicherung s. Invaliditätsversicherung.
Amortisation s. Aufgebot.

Amortisationsquoten 56 c.
Amtspflicht, Verletzung der 1035 ff. Bestimmung der öffentlichen Beamteneigenschaft 1036[4–9–11] und der betreffenden Amtspflicht 1036[2–8]. Verschulden des Beamten 1037[19]. Vorhersehbarkeit des Schadens? 1037[18]. Ersatzberechtigter 1036[6–8], 1037[18]. Verhältniß zur Verhaftung des speziellen Schadenstifters, wenn dem Beamten nur Versehen bei Auswahl, Instruktion oder Kontrolle zur Last fällt 1037 a. Subsidiäre Haftung des Beamten bei Fahrlässigkeit 1037 ff. Verhältniß zur Staatshaftung 1038 c, 1039 ff. Verantwortlichkeit für Rechtssprüche 1038, 3. Beamtenkollegien 1037[14]. Ausschluß der Verantwortlichkeit bei Versäumung der zulässigen Rechtsmittel 1038—39.
Anerkennung 912[3–8] ff., 829[9].
— des cedirten Schuldners 341[47] ff.
Anerkennungsvertrag 828 ff., 906, 907, 912 ff. Beweisvertrag 913[4–5]. Zuwendungsgeschäft (Anerkennung im eigentlichen Sinne) 913[6–9]. Positiver und negativer Anerkennungsvertrag 913[11] ff. Werth der A. 914[15–18]. A. von Einwendungen gegen Schuldverhältnisse 914[21] und Ansprüche 916[24].
— Positive Anerkennung 914 ff. Schuldanerkennung. Form. Verhältniß zum selbständigen Schuldversprechen 915 α. A. des Eigenthums, dinglicher Rechte 915 β. Anderer Rechte 916 γ. Obligatorischer Charakter 916[35–36]. Anerkennung durch Nichtberechtigte 916[38]. Verhältniß zum Schuldgrunde 916 ff. Dessen Vereitelung; Verbotene, unsittliche 2c. Schuldgründe 917. Beweis 918[15]. Nebeneinanderstehen des alten und neuen Rechtstitels 918[17–18].
— Negative Anerkennung 241, 312 ff., 914 a. Formlosigkeit; Erlaßwirkung 312, 313[31–33]. Bei Gesammtschuldverhältnissen 381[28], 389[28]. Irrthum über den Bestand des Schuldverhältnisses 313[33].
— Anerkennung als Schuldumwandelung 270, in Schenkungsabsicht 511 ff. Bei Spielgeschäften 833[20] u. a. unvollkommenen Verbindlichkeiten 16, 17, 833[20].
— bei Forderungsabtretung 341[47], Schuldübernahme 359[24].
Anerkennungsvertrag, Kondiktion des Anerkenntnisses 982[24]. Einrede 1011[60] ff.
Anfechtung von Rechtshandlungen seitens der Gläubiger 248 ff. In und außerhalb des Konkursverfahrens 249. Ausbildung des Anfechtungsrechts 249 ff. Dingliche Wirkung 252.
— Anzufechtende Rechtsakte 255[48] ff. Durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollzug erzwungene Handlungen 248[6], 254[45] ff.
— Anfechtungserklärung 252[30] ff. Folge der Anfechtung: Unwirksamkeit des Akts gegenüber dem Gläubiger 252[34], Herausgabeansprüche, Duldung der Zwangsvollstreckung in das Objekt 252 ff. Rückgabe zur Konkursmasse, Schadensersatz, Nutzungen, Verwendungen 253[38]. Gegenleistung des Erwerbers 253[40]. Unentgeltliche Drittempfänger der Gegenstände 253[37]. Sonstige Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers 253 ff. Anfechtung gegenüber den Sonderrechtsnachfolgern 254.
— Die einzelnen Anfechtungsgründe: a) Deliktische oder fraudatorische Anfechtung 249 ff., 256 ff. Nähere Bestimmung des Dolus 256[2]. Vermuthung desselben bei Verträgen mit gewissen nahestehenden Personen 257. b) Konkursmäßige Anfechtung 251, 257 ff. c) Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen 251, 258 ff., 523[7]. Haftung gutgläubiger Empfänger 259[23]. Erlöschen des Anfechtungsrechts 255 ff.
Angestellte, Haftung für, s. Verantwortlichkeit.
Animus donandi 509[47], 512[73], solvendi 231[1], 232[8] ff., 238[53].
Anlagen, gefährliche 1026[28], 1058[2] ff.
Annahme, vorbehaltslose der Leistung 232[5]. A. untheilbarer Leistungen 393[14].
Annahmepflicht des Gläubigers? 145 ff.
— Pflicht zu Hülfshandlungen 146.
Annahmeverzug 147 ff. s. Verzug des Gläubigers. Bei Gattungsschulden 51[37] ff., 52 ff.
Anpreisungen, vage 457[25].
Anrechnung von Zahlungen s. Erfüllung.
Anschläge, öffentliche, in Verkaufslokalen 411, bei Sach- und Dienstmiethe 536, 647[46], 669.
Anschuldigung, falsche 1025[24].
Anspruch 4 ff. Anwendung der Schuldregeln 5.

Ansprüche dingliche, Aufrechnung 288[3], Abtretung 319[6].
Anstandspflichten 17, 20.
Anstandsschenkungen 17, 507[34] ff., 523.
Anstifter 1069[9].
Anweisung, s. auch Delegation. Unterschied vom Vertrag zu Gunsten Dritter 229[36].
— ist keine Zahlung 265, 921[35], 926[61], 931[35].
Anweisung (im technischen Sinne) 907[15], 908 ff., 918 ff. Schriftlichkeit, wesentlicher Inhalt. Schuldgrund? Prinzip der Formelstrenge 919. Anweisung auf Sicht ꝛc. 919[5]. Betheiligte 920. Anweisender und Angewiesener 920 ff. a, 930. Anweisender und Anweisungsempfänger 921 b, 931 ff. Angewiesener und Anweisungsempfänger 920[18] ff., 924 ff., 927 ff. Anweisung auf Schuld 920[18], 921[20], auf Kredit 921[19 20], zum Inkasso 921[19], 931[34 40], 932[42]. Hauptpunkte: Ersuchen, Aushändigung an den Empfänger 923 a, b. Charakter, kein Doppelauftrag aber Doppelermächtigung 923, 924. Mittheilung an den Angewiesenen (Avisbriefe) 922[30] ff. Annahme der Anweisung 923 c, 924 ff. Abstrakte Natur 925. Aushändigung bereits angenommener Anweisungen 925 ff. Verhältniß der Anweisung zum alten Schuldtitel 926 ff.
— Zahlungsverhältniß vor 927, nach der Annahme d. A. 928. Einwendungen des Angewiesenen 928 ff. Gefälschte Anweisung bei Echtheit des Accepts 929[14] ff. Zahlung gegen Aushändigung ꝛc. 929[17] ff. Theilleistungen 920[14]. Deckungsverhältniß; Regreß aus der Zahlung 930 ff. Valutaverhältniß; Betreibung der Valuta, Regreß mangels Annahme oder mangels Zahlung 931. Präsentation, Benachrichtigungspflicht 932.
— Erlöschen der Anweisung 932 ff. Widerruf, Zahlung, Tod, Konkurs der Betheiligten 933. Untergang der Urkunde (keine Kraftloserklärung) 934[13]. Quittungsrecht bei Zahlung 930[24].
— Uebertragung 921 ff., 934. Wirkung vor und nach der Annahme. Regreß gegen die Vormänner 935. Uebertragung durch Indossament 936. Ausschluß der Uebertragung 922[28—29].
Anweisung, kaufmännische ꝛc. 936[29] ff., 962[17]. Ertheilung in Schenkungsabsicht 511[66] ff.
Arbeiter 666 ff. Ländliche, Privilegirung der Lohnforderung 693[10].
Arbeiterschutzgesetze 643[13], 666[1].
Arbeiterversicherung 857 ff. Geschichte, Grundlage 858 ff., Arten der Versicherung. Versicherungspflichtige Betriebe 859. S. auch Kranken-, Unfall-, Invaliditätsversicherung. Ausschluß des Rechtswegs 858[7]. Ausschluß der Abtretung und Pfändung der Ansprüche 859[14] ff. Hausindustrie 859[13], 861[25].
Arbeitsbuch 668.
Arbeitsleistungen, Verträge über 611 ff. Geschichtliche Entwickelung 612[2].
Arbeitsvertrag, gewerblicher 666 ff. In Betracht kommende Betriebe. Art der Dienstleistungen 667. Hausgemeinschaft? 667[9]. Aufseher, Leiter, Techniker 667[13]. Vertragsabschluß. Jugendliche Arbeiter 668, 2. Arbeitsordnung 669[22—28]. Verpflichtungen der Arbeiter 668 ff. Vertragsstrafen 669[25—26]. Pflichten des Arbeitgebers: soziale Fürsorgepflicht 669 b. Löhne in baar, Verbot des Kreditirens und bedungener Entnahme von Waaren (Truckſystem) 670. Endigung des Dienstverhältnisses, gewerbliche Streitigkeiten 671. Kontraktbruch 668[30].
— s. auch Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag, Geschäftsbesorgung ꝛc.
Armenverbände, Unterstützung, Regreß 632[3].
Arrha s. Draufgeld.
— poenitentialis 197[4], 207[10], 208[4].
Aufbewahrung 741 ff., kaufmännische von Werthpapieren 744[25], 750[13]. S. noch Verwahrung, Lagergeschäft.
Aufgebot verloren gegangener Inhaberpapiere 953 ff. Antragsteller 954[9]. Ermittelungen 954[6—11]. Ausschlußurtheil und dessen Wirkungen 954[12] ff., 955. Meldung Dritter 954[11]. Einwendungen des Ausstellers 954[15]. Besitzer der kraftlos erklärten Urkunde 955[18] ff. — Aufgebot von Orderpapieren 969[20] ff., Rekta- 971[10] und Legitimationspapieren 974[23] ff., 975[45].
Auflage, Schenkung mit 508[26], 518 ff. Ist Schenkung 518[3], 519; Empfänger der Auflage 518[6] ff. Verpflichtung des Beschenkten 519[10] ff.; nach Vor-

leistung des Geschenks 519 [12]. Erlaß der Verpflichtung 519 [15]. Ueberlastung des Geschenks 519 ff. Einrede wegen Mängel der Gabe 520. Unmöglichkeit der Erfüllung der Auflage 520 ff. Verzug 521. Reurecht des Schenkers 521 [33–36], 522 [41] ff. Ausschluß des Rückforderungsrechts, wenn ein Dritter Vollziehung der Auflage verlangen kann 521 [38–40].

Auflage zu Gunsten Dritter 225 [8] ff.

— bei der Leihe 588 [19].

Aufläufe 1014 [25], 1040 [46].

Auftrag 612 [3], 622 ff. Geht auf eine Geschäftsbesorgung 622. S. diesen Art. Auf andere Angelegenheiten? 627 ff. Nichtgeschäftsmäßige Aufträge 628 ff. Auftrag zum Spiel 834. Unentgeltlichkeit und Einseitigkeit des Auftrages 622. Zustandekommen durch Annahme 622 [3]. Verschiedenheit von Vollmachtsertheilung. Formlosigkeit des Abschlusses. Art der übertragenen Geschäfte. Mandatum mea, tua und aliena gratia 623.

— Verpflichtungen des Beauftragten 624 ff. s. auch Geschäftsbesorgung. Haftung für jedes Verschulden 624 [21]. Zuziehung von Gehülfen 624 [23–26]. Substitution? 624 [23–25]. Verantwortlichkeit für Schäden aus erlaubter u. unerlaubter Substitution 625. Haftung des Substituten? 625 [27] ff. [33]. Nutzen ꝛc. aus unbefugter Substitution 626 [38].

— Honorar, nachträgliches 624 [20]. Abtretung des Rechts auf Ausführung des Auftrags 626 b.

— Erlöschen des Auftrags. Widerruf des Herrn 626 a. Kündigung des Beauftragten 627 b. Kündigung zur Unzeit, wichtige Gründe, Verzicht auf das Kündigungsrecht 627 [46] ff. Im Uebrigen s. Geschäftsbesorgung. Wirkung des Erlöschens auf den Substituten 627 d.

Aufrechnung, Begriff 287, Zweck, Konstruktion 288. Anwendung auf dingliche Ansprüche 288 [2]. Vertragliche Aufrechnung 289. Unanwendbarkeit der gesetzlichen Hauptregeln 289 [8]. Nichtbestehen der einen Forderung 289 [9]. Vertraglicher Ausschluß der gesetzlichen Aufrechnung 289 ff.

— Gesetzliche Aufrechnung: Vollzug 290. Geschichtliches 287 [7], 290 [16]. Aufrechnungserklärung 290 [15], 298 ff. Zustand vor und nach derselben 290 ff. Bei Mehrheit aufrechenbarer Forderungen 291. Widerspruchsrecht des Gegners 291 [23] ff. — Sonstige Voraussetzungen. Aufrechenbarkeit 292 ff.: Gleichartigkeit der Forderungen 292 [2] ff., Verschiedenheit des Leistungsorts 292 [5–11], der Leistungszeit 293 [12]. Fälligkeit 293 [13], Selbständigkeit der Forderungsrechte 293 [14] ff. Parteirolle 294. Bei Sondernachfolge 340 ff. s. auch Abtretung. Bei Schuldübernahme 357 [10]. Gesammtschuldner, Gesammtgläubiger, Bürge, Pfandbesitzer, erfüllungsberechtigte sonstige Dritte 294 a–c. Verfügungsbefugniß über die Ford. 294 ff. Gesellschafts-, Erbschaftsforderungen 294 [32] ff. Nießbraucher, Pfandgläubiger, Drittschuldner 295 [24–28] ff. Versch. Kassenverwaltungen. Beschlagnahmte Forderungen 295 ff. Rechtsbeständigkeit von Haupt- u. Gegenforderung 296 ff. Ausnahme 297 [37]. Kondiktion der Aufrechnung bei Unkenntniß des zustehenden Anfechtungsrechts 297 [38]. Unpfändbare Ansprüche 297 ff. Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen 298 [43] ff. Spezialverbote 298 [46].

Aufrechnung, Wirkungen der Aufrechenbarkeit 299 ff. Schwebezustand 299 [3]. Erfüllung der aufrechenbaren Forderung 299 [3], 300 [6]. Einklagung, Zwangsbeitreibung aufrechenbarer Forderungen. Nachholung der Aufrechnungserklärung in diesem Stadium 300 [7] ff. Verfügungen über die aufrechenbaren Forderungen (Abtretung, Beschlagnahme, Rücktritt vom Vertrage) 300 ff. Verjährung der Forderung 301 [13]. Inanspruchnahme der Sicherheiten (Bürgen, Pfänder) 301 [14] ff. Zinsen, sonstige Verzugsfolgen, Vertragsstrafe 301 [16].

— Rückwirkung der erklärten Aufrechnung 298, 299 [4], 301 ff. Aufrechnung auf Theile der Forderung 301 [18].

— Aufrechnung durch Dritte für den Schuldner 100 [12], 101 [21].

— Aufrechnung nach erklärtem Rücktritt des Gegners vom Vertrage 205 b.

— Prozessualische oder gerichtliche Aufrechnung 302, geschieht

durch Aufrechnungserklärung im obigen Sinne 302[4] ff. Besonderheiten dieser Erklärung 302[7], 303[10] ff., Prozeßvollmacht, Erklärung in vorbereitendem Schriftsatz, Rücknahme der Erklärung 303[11—14]. Eventualaufrechnung 304. Charakter des Urtheils, das auf Aufrechnung erkennt 302 ff. Rückwirkung 303[8]. Maßregeln bei Illiquidität der Haupt- oder Gegenforderung 304 ff. Insbesondere Trennungsrecht des Gerichts bei mangelnder Konnexität der Forderungen 305 ff. Folge der Abtrennung für die blos einredeweise geltend gemachte Gegenforderung 305[23]. Wirkung des Urtheils im Nachverfahren, das auf Aufrechnung erkennt 306. Insbesondere bei zwischenzeitlicher Vollstreckung des ersten Urtheils 306[25] ff.

Aufrechnung, Konkursmäßige ist außergerichtliche Aufrechnung 306[27—29]. Stellung des aufrechnungsberechtigten Gläubigers 307[30]. Aufrechnungserklärung 307[31]. Zeitpunkt des Erwerbs der Forderungen 307 ff. Insbes. wenn die Forderung durch Abtretung erworben ist 307[33]. Masseforderungen und Masseschulden 308[36]. Einfluß der konkursmäßigen Anfechtbarkeit auf die A. 308[38—46]. S. auch Anfechtung von Rechtshandlungen. Konkursmäßige Erweiterungen der Aufrechnung bei ungleichartigen, betagten und bedingten Forderungen 309.

— Gesammtschuldverhältnisse 380, 388[16]. Haftung des Verkäufers einer Forderung für Aufrechnung 434[24—25]; Aufrechnung des Schadensersatzanspruchs wegen Mängel der Kaufsache 476; der Miethzinsforderung bei Verzug 548[11] ff.; von Forderungen des Miethers gegen den bisherigen Vermiether nach Veräußerung des Miethgrundstücks an Dritte 569 ff., im Konkursfall 573[59]. Aufrechnung gegen den Anspruch auf Darlehensgewährung 598[34]. Aufrechnung zwischen Gesellschafts- und Privatforderungen einzelner Gesellschafter 2c. 785 ff.; von Spielgewinn 833[34 38]. A. durch den Bürgen 878 ff.

Aufwendungen 83 ff., 134. Begriff 83[103]. Arten: nothwendige, nützliche, Luxusaufwendungen 84[105], 134[15]. Recht der Wegnahme und Wiederherstellung des früheren Zustands 84; Ersatz 84,2. Verzinsung der Ersatzsumme 84[109] ff.; Befreiung von der Zahlungspflicht d. A. 85. Sicherheitsleistung 85[116].

Aufwendungen auf die Streitsache 134, auf die Restitutionsobjekte nach Rücktritt vom Vertrage 201[36], auf die Kaufsache vor der Uebergabe 423 ff., nach der Wandelung 467[32], beim Wiederkauf 492a, bei Abzahlungsgeschäften 502[15]. Auf die Miethsache 539 ff. Zur Beseitigung von Mängeln derselben 540[29], 546[31]. Bei Landpacht 554[4]. Aufwendungen auf die geliehene, deponirte Sache 590[23] ff., 592[23], 747[36 39] ff. Aufwendungen des Geschäftsbesorgers zur Ausführung des übertragenen Geschäfts 617, 618, des Geschäftsführers ohne Auftrag 637—639, des Unternehmers im Werkvertrage 691, des Mäklers 711[29], eines Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen 781[104]. A. auf die durch unerlaubte Handlung entzogene Sache 1085c.

— Aufwendungen auf die Restitutionsobjekte mindern die Bereicherung 1009[50] ff., 1010[59].

Augen für Geld 450.

Auskunft, geschäftliche Ertheilung 678[35].

— Anspruch des Rechtsnachfolgers auf Auskunft wider den bisherigen Gläubiger der Forderung 336 ff. 321[10 14], 342[3]; des Herrn wider den Geschäftsführer 615[26].

Auslobung 756 ff. Verpflichtung des Auslobenden und dessen, der die Handlung vornimmt? 757. Art der Thätigkeit 756[1—3], 758[10—14], der Belohnung 758[15—16]. Erklärung der Auslobung, Bekanntmachung 758 ff. Erlöschen der Verpflichtungskraft 759[21—22]. Widerruf 759 ff. Anspruch auf die Belohnung 760[29—30]. Mehrheit der Prätendenten 760 ff. — Besonderheit bei Preisbewerbungen 761 ff. Preisgericht; Würdigkeit mehrerer Bewerber. Schicksal des prämiirten Werkes 762.

Aussonderungsberechtigte 244a.

Ausspielgeschäfte 15.

Ausstattung 17[15].

Aussteuer, Versicherung 842[33], 856b.

Außengesellschaften 12[20].

Außerkurssetzung von Inhaberpapieren 960[18].
Avisbriefe 922[32].

B.

Bauhandwerker 695[25] u. Nachtr.
Bauwerke 693[11]. Sicherung der Bauunternehmer ꝛc. 693 ff.
— Haftung des Besitzers für Einsturz oder Ablösung von Theilen 1047 ff., 1058 ff. Voraussetzungen der Haftung 1059[7—9]. Inhalt 1059[10—11]. Ersatzberechtigter 1059[12]. Ersatzpflichtiger 1059[13] ff. Bei Besitzaufgabe des Grundstücks 1060[15—20] ff. Verhältniß zur Verhaftung des Schadensurhebers 1058[1], 1060[16] ff. Ausschluß der Ersatzpflicht 1060[18] ff.; des früheren Besitzers 1060 ff. a, b.
— Bestellung des Rechts an einem Bauwerk auf fremdem Boden 1061, 4.
— Haftung von Hausverwaltern und Angestellten, Nutznießern ꝛc. des Grundstücks 1061, 5.
— Verhältniß mehrerer Verpflichteter 1068 b, 1071[26] ff. Regreß 1072 ff.
Beamte, Reichs-, Staats- u. Kommunalbeamte 645[27] ff.
Bedingte Forderungen, Behandlung im Konkurse 247[39].
Bedrohung 1018[27] ff.
Belastung 193.
Beleidigung 1025[22], 1027 ff.
Beleuchtung von Treppen ꝛc. 1026.
Beneficium cedendarum actionum 321[15], 345[16], 884[14], 888[12].
Beneficium divisionis 378[3].
— bei Mitbürgen? 872[44].
Beneficium excussionis 378[4].
Bereicherung auf Kosten eines Anderen 978[3—8]. Ungerechtfertigte Bereicherung 976 ff., 977 ff. Geschichtliches 978[1]. Andere Fälle der Verwendung 978[3].
— Voraussetzungen: Bestehen des ungerechtfertigten Erwerbs 976[6], 978, 979[5] ff., 980[10]. Mangel des Rechtsgrundes 978 ff., insbes. bei geschäftlichen 979 ff. und anderen Rechtswirkungen 980 ff. Mehrere Geschäftszwecke 980[13]. Behördliche Anordnung 980[15]. Einzelne Fälle, s. condictio indebiti, ob causam, ex causa finita, sine causa und cond. ob turpem causam. Bereicherung 981 ff., 1007[9], durch Leistung von Sachen, Rechten, Besitz, Befreiung, Anerkenntniß, Nutzungen, Dienstleistungen ꝛc. 982, auf Kosten eines Anderen 983. Nicht nothwendig Vermögensverminderung 983[35] ff. Indirekte Bereicherung 983[37]. Uebergang der Bereicherung auf einen Dritten 983 ff. Insbes. durch unentgeltlichen Rechtstitel 984 ff.
Bereicherung, Herausgabepflicht 1044 ff. Fixirung des Anspruchs durch Rechtshängigkeit 1005, Kenntniß des mangelnden Rechtsgrundes 1005 ff. Redlichkeit und Unredlichkeit des Empfangs 1006. Wissentliche Annahme als Nichtgläubiger, spätere Entdeckung der Nichtberechtigung 1006 a b. Annahme auf ungewisse Rechtsgründe 1007 c, gegen Gesetz oder gute Sitten 1007 d.
— Herausgabe in Natur 1007[32] ff., Nutzungen, Surrogate, Wertherſatz für Verbrauchtes ꝛc. 1008 ff. Abzug von Aufwendungen 1009 e. Herausgabepflicht nach Fixirung des Anspruchs 1009—1010. Verpflichtung des Drittempfängers 983[39] ff., 984, 1005[6], 1010. — Beweis des Klägers 1010[63] ff.
— Geltendmachung durch Einwendung, Aufrechnung 1010—1011. Nach Verjährung der Deliktsklage 1087[17].
Bergarbeiter 645[25], 667[7], 668[16] ff., 669[23] ff., 670.
Bergwerk Haftpflicht, s. Betriebsunfälle.
Berger 645[23].
Berufsgenossenschaften der Betriebsunternehmer 862.
Beschlagnahme der Forderung. Einfluß auf Erfüllung 234[22]. Einfluß auf die Aufrechnung 295 ff., 300[11], im Konkurse 307[23].
— Konkurseröffnung als Beschlagnahme 243[8] ff.
Bestätigung von Verträgen durch Vertragsstrafe 211[7].
Bestechung 1038[31].
Bestimmungsort 105.
Betriebsunfälle 1054 ff. an Personen und Sachen 1054[1]. Personenunfälle:
— im Eisenbahnbetrieb 1055. Haftung des Betriebsunternehmers; Grenzen 1056.
— Postbetrieb 1056 II.
— Bergwerke, Steinbrüche ꝛc., Fabriken 1056 ff., 1061[27]. Haftung des Unternehmers für Betriebsleiter. Verhältniß zur gewöhnlichen Haf-

tung für Angestellte 1057. Verhältniß zur Unfallversicherung 1058, 1072[23 24], 1074[48] ff.
Betriebsunfälle, Konzessionirte Anlagen oder Betriebe auf öffentlichen Grundstücken 1058[39].
— Verhältniß mehrerer Verpflichteter 1071 ff., 1072[23 24]. Regreß 1072 ff., 1074[48] ff.
Betrug 1025 ff.[25], 1020[44].
Billige Entschädigung s. unerlaubte Handlungen Unzurechnungsfähiger 1045 ff., 1075[5] ff. Bei nicht vermögensrechtlichen Nachtheilen 21, 70, 1029 ff., 1078 ff. S. auch Buße.
Billigkeit, Prinzip der 22 ff.
Binnengewässer, Transport auf 680.
Blankocession 328[1].
Blankoindossament 936[21] ff., 963 ff. Siehe Orderpapiere.
Bodmereibriefe 962.
Börsenpreis 409[23].
Börsentermingeschäfte 838.
Bona fides s. Billigkeit, Treu u. Glauben.
Bordellbetrieb, Klage auf Einstellung 1026[31].
Boykottirung 1041[18].
Brautgeschenk 209[13].
Briefgeheimniß, Verletzung 1025[21].
Bringschulden 105[21] ff.
Bruchtheile, Begriff, Berechtigung, Verfügung 805, 807, 812[65] ff.
Buchhandel 715[7], 719[23].
Buße 21[19], 85 ff. Entschädigungscharakter 85[1]. Verhältniß zur Interesseforderung 86, Wahlrecht des Beschädigten 86[3] ff. Ausschluß weiterer Entschädigung 86[5], Anrechnung früherer Entschädigung auf die Buße 86[6].
— Fälle der Buße 87 ff. Antrag des Verletzten, 86[8]; 88,3. Mehrere Thäter und Verletzte 88[19]. Verhängung nur neben der Strafe und fakultativ 88 ff. Ablehnungsgründe 88[21]. Unvererblichkeit 89[22]. Einzelne Fälle 1028[15], 1029[24], 1031[12], 1075[7] ff., 1076[22] 2c.
Bürgschaft, Zweck 867 ff., Inhalt 868, accessorischer Charakter 868 ff., 881, 883[31]. Gegensatz zum blos internen Verhältniß 877[60] ff., 383[41], 385[61]; s. auch Garantieverträge. Sonstige Arten der Verbürgung 891. — Mangelnde Gültigkeit, Einforderbarkeit, Modalitäten der Hauptschuld 869. Verpflichtung auf mehr, auf andere, auf sämmtliche Ansprüche aus bestimmten Rechtsverhältnissen 869—870. Gegen gewisse Mängel der Hauptschuld 870[19] ff., 876[25] ff. Schadlosbürgschaft 871[26–28]. Mitbürgschaft 872 a. Nachbürgschaft 873 b. Rückbürgschaft 873 c.
Bürgschaft, Form der Verbürgung 871 ff. Nebenabreden 872[29] ff. Unbestimmtheit des Gläubigers 872[30]. Entgelt, Provision des Bürgen 873 ff.
— Haftung gegenüber dem Gläubiger 874 ff. Irrthum über die Personen 874[2]. Zeitliche und inhaltliche Beschränkungen 874[2 5] ff. Tod des Hauptschuldners und des Bürgen 875[10]. Einwendungen 875 a, Einreden des Hauptschuldners 875, 876 ff. Verzicht des Hauptschuldners auf die Einrede 877 β. Anfechtungs-, Rücktritts-, Wandelungs-, Preisminderungsrecht des Hauptschuldners 877 — 878 α. Aufrechnung mit Forderungen desselben 878 ff. §. Haftung für Erweiterungen 2c. der Hauptschuld 879 ff. Verzugszinsen, Schadensersatz 879[48], Kosten des Gläubigers 880[50]. Rechtskraft? 880[51—53]. Nachträgliche Rechtsgeschäfte des Gläubigers und Hauptschuldners 880[54] ff. Wechselseitige Beerbung dieser Personen 880[57]. Eigene Einwendungen des Bürgen 880 ff. Einrede der Vorausklage 881. Voraussetzungen 881 ff. Ausschluß 882 ff. Stellung des selbstschuldnerischen Bürgen 883[60—61], 886[32], 887[3] ff. Nachricht von der Zahlung 885[28].
— Verhältniß des Bürgen zum Hauptschuldner 883 ff. Persönlicher Rückgriff 874[53] ff., 884[4—9]. Eintritt in die Rechte des Gläubigers 884 ff. Vorrecht des Gläubigers. Einwendungen aus dem persönlichen Verhältniß zum Schuldner 885 a, b. Fortbestand der Einwendungen wider den Gläubiger 886[34]. — Anspruch des Bürgen auf Befreiung von der Bürgschaft oder Sicherstellung 886 ff. — Anspruch gegen Mitbürgen und Rückbürgen 883[1—3].
— Beendigung 887, durch Erlöschen der Hauptschuld 887 ff., Vereinigung von Haupt- und Bürgschaftsschuld 888. Nichtbeitreibung der Hauptschuld 888, 889 a. Aufgabe von Sicherheiten derselben 889 ff. b. Zeitliche Beschränkung der Bürgschaft 890.

Bürgschaft, Einzelnes: Bürgschaft bei Leistung an Erfüllungsstatt 264[18], Schuldumwandelung 273[23], Hinterlegung zur Schuldbefreiung 285[23], 287[42]. Cession 335[5], Schuldübernahme 357 ff. 359[25]. Gesammtschuldnerisches Verhältniß mit dem Hauptschuldner. Internes Bürgschaftsverhältniß 377. Abfindungsrecht des Bürgen und Subrogation 344 a, 349. Konkurs des Hauptschuldners 348[25], 871[28]. B. bei Spielgeschäften und unvollkommenen Verbindlichkeiten 16, 17, 833[28]; beim Vergleiche 903.
— Aufgabe der Rechte des Gläubigers gegen Mitbürgen, Vorbürgen 2c. 888[12], 889 b.
Bürgschaftliche Haftung des bisherigen Vermiethers bei Veräußerung des Miethgrundstücks 568[11] ff.

C

(s. auch K.)

Causa 3, 5.
Cautio damni infecti 1058[5].
Cessio bonorum 260[4].
Cessio in potentiorem 328[24].
Cession s. Uebertragung der Forderung.
Cessionsgrund und Cessionsakt 322 ff.
Check 973[25].
— rother 922[21].
Chikaneverbot 19[10].
Clausula cassatoria s. Verwirkungsklausel.
— rebus sic stantibus 197[1].
Commis interessé 646[25].
Commissoria lex 197[5], 199[17], 170[10].
Commodum, stellvertretendes und accessorisches 28 ff., 29[6–7].
Compensatio lucri cum damno 77 ff. Voraussetzungen der Anrechnung: Einheit 77, mangelnde Einheitlichkeit des Thatbestandes 78 ff.
Concurrence déloyale s. Wettbewerb.
Concursus duarum causarum lucrativarum 231[8].
Condictio 977 ff., 978[1], 982[30]. possessionis 981[22].
— condictio indebiti 985 ff. Leistung zur Tilgung nichtbestehender Schuld 986. Unvollkommene Verbindlichkeiten 986 ff. Ausschließende 986[10], aufschiebende Einreden 987 b. Sittliche und Anstandspflichten 987[17]. Leistung an einen Anderen als den Gläubiger 987 c. Tilgung der Schulden eines Dritten 988[24] ff. Leistung von etwas Anderem als geschuldet ist 988 d. Irrthum des Leistenden 986[5], 988[29] ff., 989[29] ff. Beweis 989 II.
Condictio ob causam (c. data c. non secuta) 989 ff. Leistung zur Erreichung eines erwarteten künftigen Erfolgs 990. Hauptfälle 991. Erforderniße 991 ff. Ausschluß 992[22] ff. Beweislast 992—993.
— condictio ex causa finita, nachträglicher Wegfall des Leistungszwecks 993 ff.
— condictio sine causa 994 ff. Verfügung Nichtberechtigter 995. Unentgeltliche Verfügung 996[14]. Leistung an den legitimirten Nichtgläubiger 996 ff. Thatsächliche Verwendung erlangter Gegenstände in fremdes Vermögen 997 ff. Sonstige Fälle 981, 995[5], 998 ff.
— condictio ob turpem vel iniustam causam, unredlicher Erwerb 999 ff. Fälle dieser condictio 1001, 1002. Voraussetzungen, Ausschluß, Inhalt der condictio 1003. Beweis 1003—1004.
Confusio s. Vereinigung.
Constitutum debiti proprii 265[27], 829[9]. — debiti alieni 891[3].
Contractus 24[3], 25[9].
— mohatrae 600[21] ff., 603[17].
Contrarius consensus 230[6], 311[17], 896[4].
Creditor creditoris s. Drittgläubiger.
Culpa in contrahendo 72 ff., 117 ff., 160[16].
— in eligendo et custodiendo 117[9], 118[12], 119[31], 1048[1].
Custodia, Haftung für 116, 118[20], 741 ff.
— des Streitgegenstandes 134[10].

D.

Darlehen, Begriff 593. Eigenthum der geliehenen Sachen 594, 598. Leihezweck, Interesse des Entleihers 594[4–7]. Entgeltlichkeit, Unentgeltlichkeit 594 ff. Verzinslichkeit 595[10 14], siehe Zinsen. Realvertragsnatur 595[12] ff. Verpflichtung zur Gewährung eines Darlehens 292[3], 596[15], 597. Zum Empfang der Valuta 597[27]. Haftung des Versprechenden 527[28]. Vermögensverfall des Ver-

sprechensempfängers 597 [29]. Abtretung des Anspruchs, Aufrechnung 598. Darlehen zum Spiel 834.
Darlehen, Abschluß des Darlehensvertrages 598. Uebermachung der Valuta 598 ff. Durch Stellvertreter, Gutschrift des Bankiers, Anweisung 599, Schuldumwandelung, Ueberlassung von Waaren zum Verkaufe ꝛc. 600. Contractus mohatrae 600 [21—22]. Irrthum des Empfängers über die Person des Geldgebers 599 [12]. Konsens über den Leihezweck 601.
— Verpflichtungen des Darlehensgebers? Gewährleistung 596 [16] ff. Verpflichtungen des Empfängers 596 ff., 601 ff. Agio, Zinsen 602 [17—19] ff. Zeit der Rückgabe: bestimmte, unbestimmte; Kündigung, Ausschluß der Kündigung 601, 602. Verzug der Zinszahlung 596 [19] ff.
— Umwandelung anderer Schulden in Darlehen 270 [7] ff. [13], 271 [19], 272 [26 30].
Datio in solutum s. Erfüllungsstatt, Hingabe an. — Beneficium dationis in solutum 261 [11].
Defiorationsklage 1078 [49].
Delegation 263 [10], 266 ff., 271.
— passive oder Schuldüberweisung 266, zahlungshalber oder an Zahlungsstatt 266 [29]. Beziehung der Betheiligten 266 a—c. Abstraktes und kausales Delegationsversprechen 266 [31] ff. Einwendungen des Delegaten aus dem alten Schuldverhältniß 266 ff. [32—34]. Aus dem Verhältniß zum Deleganten? 267 [35].
— aktive oder Forderungsüberweisung 267 ff. Zahlungshalber oder an Zahlungsstatt 267 [38]. Beziehung der Betheiligten 267 ff. a—c. Reine und titulirte Delegation 268 [41] ff. Einwendungen des Delegaten aus der alten Schuld 268 [41—44], aus dem Verhältniß der beiden Gläubiger 268 [45].
Denuntiation bei Forderungsabtretung 329 ff.
Depositum 741 ff.; irregulare 275 [16], 282 [7], 748 ff.; miserabile 751 [1].
Diebstahl, Vindikation und Kondiktion 978 [1], 984 [48], 985 [51], 996 [19]; Deliktshaftung 1019 [35], 1082 ff. Aufrechnung 298 [43] ff. S. auch Entziehung von Sachen.
Dienstantritt, Zwang zum? 19 [6], 648 [2].
Dienstbarkeit, Unabtretbarkeit des Anspruchs auf Bestellung 325 [10].
Dienstboten s. Gesindedienst.
Dienstbuch 665 [36]. S. auch Arbeitsbuch.
Dienstlohn Aufrechnung 297 [40] ff. Verbot der Beschlagnahme 260; der Abtretung 327 [28] ff.
Dienstvertrag 641 ff. Geschichtliches 612 [2]. Gegenseitiger Vertrag mit Vorleistungspflicht des Dienstpflichtigen 642. Unübertragbarkeit des Verhältnisses. Subordination des Arbeiters, Fürsorgepflicht des Herrn 643. Treuepflicht? 643 ff. Freie Dienstleistungen (ohne Unterordnung) 644 [17]. Sonstige Arten der Dienste 644 [18—20]. Dienstverhältnisse des besonderen Rechts 645. Geschäftliche und nicht geschäftliche Dienstleistungen 645 ff. S. auch Geschäftsbesorgung. Möglichkeit, Erlaubtheit, insbesondere Gefährlichkeit der Dienstleistung 646 [31], 649 [13] ff. Vergütung: Zeitlohn, Stücklohn, Tantième, Provision. Lohnhöhe mangels Verabredung 646 [23] ff. Vertragsabschluß 646 ff. Formulare 647 [43] ff. Schadensersatzpflicht bei Ablehnung vorher angetragener Dienstleistungen 647 [40—42].
— Verpflichtungen des Arbeiters. Art und allgemeiner Umfang 647 ff. Handeln nach den Weisungen des Herrn oder nach eigenem (sachverständigem) Ermessen. Kunstfehler. Geräthschaften 648. Persönliche Ausführung 642 ff., 647 [1]. Im Uebrigen s. Geschäftsbesorgung. Pflichten des Herrn: Soziale Fürsorgepflicht. Räume, Geräthschaften, Anordnung und Leitung der Arbeit 649. Wohn- und Schlafräume, Erholungszeit. Erkrankung des Arbeiters 650 ff. S. im Uebrigen Geschäftsbesorgung. Pflicht zur Lohnzahlung, Schadensersatz wegen Verschuldens 651, 650 [22] ff. Ertheilung eines Dienstzeugnisses ꝛc. 651 ff.
— Kontraktbruch 652, Leistungsverzug und sonstige Säumniß 652 ff. Zufällige Hindernisse der Dienstleistung (Gefahr) 653 ff. Hindernisse in der Person des Dienstherrn 653, des Arbeiters 655, beider Parteien 654. Vorübergehende Hindernisse 655 [20 24].
— Endigung des Vertrags durch Zeitablauf, Tod der Parteien 656. Kündigung. Kündigungsfristen und Termine 656 ff. Kündigung vor Ablauf der Vertragszeit: unter Ein-

haltung der gesetzlichen Kündigungsfristen 657 ff. Ohne solche: aus wichtigen Gründen 658 b. Bei Vertrauensdiensten höherer Art 658 ff. Vergütung der inzwischen bereits geleisteten Arbeit 659 ff. Rückerstattung des im Voraus erhaltenen Lohns 660 41—43. Schadensersatz wegen Verschuldens 660. Kündigungsrecht des Ehemanns 660 c.

Dienstvertrag, Stillschweigende Verlängerung der Dienstzeit 661. S. noch Gesindedienst, Arbeitsvertrag, Lehrvertrag.

— Stellenvermittelung 712 ff.

Dies interpellat pro homine 139.

Differenzgeschäfte 15, 836 ff. Spielgeschäft, Differenzeinwand 837. Erlaubte Differenzgeschäfte 838. Nachträglicher Ausschluß der Lieferung 837 21.

Diskont 113.

Distanzgeschäfte 105. Distanzkauf 412.

Draufgabe 207 ff. Realcharakter 208 2—3. Bestärkung des Vertrages: Beweiszweck 208 7, Strafzweck 209 9, Sicherungszweck bei Vorverträgen 209 11. Abschwächung des Vertrages: Reuzweck 208 4. Unterschied vom Rücktrittsrecht gegen Reugeld 207 10. Unterschied von Anzahlung auf die Vertragsleistungen 209 13.

— Rechtliches Schicksal der Draufgabe 209 14. Anrechnung: bei Erfüllung des Vertrags 209 15 ff. Bei verschuldeter und unverschuldeter Nichterfüllung 210. Bei Schadensersatz wegen Nichterfüllung 210 20. Grundsätze der Rückgabe 210 16—17.

Dividenden 56 b, 595 11.

Dividendenscheine 943 67, 950 52, 951 64, 953 25; Verlust 956—957.

Dritte Personen 221.

Drittgläubiger, Leistung an 226 14 ff., 237 41. S. auch Delegation, Anweisung.

Drohung 1018 27 ff.

— zu Unzuchtszwecken 1029 32.

Dulden 2, 32.

E.

Effektiv 54 8.

Ehefrauen, Kündigung des Dienst- und Werkvertrages 2c. durch den Ehemann 660 46, 703 18.

Ehevermittelung 16 b, 713 c.

Ehrenerklärung 2c. 1028 11 ff., 1030 41, 1075 12.

Ehrverletzung 1017 16—17, 1025 22, 1027 ff., 1030 II.

Eigenthum, Verschaffung desselben durch Veräußerungsverträge 2c. s. Verschaffung. — Durch Anerkennung 915 ff.

— Theilbarkeit der Verpflichtung der Eigenthumsgewährung 38 a, 39.

— Erwerb des Eigenthums durch Leistung an einen Vertreter des Gläubigers 235 30 ff.; durch Theilung 821 ff., 826; Vergleich 902, 904. Einbringen in eine Gesellschaft 774 ff.

Eigenthumsvorbehalt, Kauf unter 413 ff. Dingliche Bedeutung der Klausel 413 64 66 ff. Schuldrechtliche 413 65 67 ff. Abschlagszahlungen 413 69—71. Behandlung der Klausel bei Grundstückskäufen 414.

Einbruchsdiebstahl, Versicherung 841, 847 13, 851.

Einkommen 56 ff., 603 ff.

Einlagen, Gesellschaftseinlagen 776 ff.

Einrede des nichterfüllten Vertrages 171 ff. Unterschied vom Zurückbehaltungsrecht 171 1. Keine Abwendung durch Sicherheitsleistung 172 7. Kein Angebot der Gegenleistung erforderlich 172 8 ff. Beweis der Einrede 174 a. Wirkung der Vorschützung 174 ff. b. Irrthümliche Nichtgeltendmachung der Einrede 174 18. Vollstreckung des Urtheils 175 21 ff.

— Geltendmachung der Einrede bei Zug- um Zugleistungen 172. Ausnahmsweise Geltendmachung durch den Nachleistungspflichtigen: bei Annahmeverzug und Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Gegners 175 ff. Abwendung durch Sicherheitsleistung 176 30.

— Geltendmachung der Einrede bei theilweiser Erfüllung (exc. non rite adimpleti contractus) 172 ff. Zurückweisung 172; bei Geringfügigkeit des Fehlenden 173 10. Geltendmachung unter Mitgläubigern und Mitverpflichteten 173 a; bei mangelhaften Vollleistungen und Gattungsschulden 173 b. Beschränkungen der Einrede nach vorbehaltsloser Annahme des Geleisteten: Beweis, Geringfügigkeit der Abweichung 176. Einwilligung in Theilung der Schuld 177.

— Anwendung auf Rechtsgewährleistung 195, 439 14. Nach Ausübung

des Rücktrittsrechts von gegenseitigen Verträgen 200[26]. Bei der Wandelung 465[63]. Unter Gesellschaftern 771 ff.
Einrede gegen Ansprüche aus unerlaubten Handlungen 1087[19].
— S. noch Gewährschaftseinrede, Bürgschaft (Vorausklage) 2c.
Eisenbahnen, Haftpflicht, s. Betriebsunfälle.
Eisenbahnbeförderung 679 ff.
— Eisenbahnverkehrsordnung 679[35].
Eiserner Bestand 557[12], 558[16 19], 595[12].
Eltern, Haftung für ihre Kinder 1053.
Empfangsbekenntniß s. Quittung.
Empfehlung 623[13] ff., kaufmännische 624[18].
Enteignung 65[14], 78[59].
Entreprise 676.
Entführung 1018[25].
Entwährung 194, 427, 432, 435 ff., 437 ff. Untergang des Objekts vor Eintritt der Entwährung 438 ff.
Entziehung von Sachen, unerlaubte 1019 ff., 1082 ff.
Erben des Gläubigers 370c. Erbenhaftung 370b.
Erbengemeinschaft 12, 13, 370[18], 806.
Erbschaftsausschlagung, keine Schenkung 506[20].
Erbschaftskauf 368[25].
Erbtheil, Verträge über 162.
Erbverträge 162[21]. Gegensätze 162[24] ff.
Erfüllung 99, 231 ff.
— Gegenstand 232. Vorbehaltslose Annahme 232[5]. Zurückweisung ordnungsmäßiger Erfüllung 232[6], eines Dritten 99 ff., 232[7], 343 ff., einer unter Vorbehalt erfolgenden Leistung 232 ff.
— Vertragscharakter? 233. Geschäftsfähigkeit des Leistenden? 233[17]; des Annehmenden 237[45] ff.
— Empfangsberechtigter: Gläubiger 234. Nach Beschlagnahme der Forderung 234[22]. Leistung an Vertreter des Gläubigers 234 ff. Gefälschte Vollmacht 234[25]. Präsumtive Vollmachten des Ueberbringers einer Quittung, eines Handlungsbevollmächtigten 2c. 234—235. Eigenthumsübergang und Besitz 235[30] ff. Vertragliche Bestellung eines Zahlungsempfängers 235 ff. Unterschied von Vollmacht 236[33]. Verbot der Leistung an die Zahlstelle 236[35].
— Mittelbare Befreiung des Schuldners, wenn die Leistung eine Befriedigung des Gläubigers herbeiführt 236 ff. Befreiung durch gutgläubige Zahlung an den Scheingläubiger 237d. Sonstiger entschuldbarer Irrthum des Leistenden 237[41].
Erfüllung, Anrechnung der Erfüllung auf mehrere Forderungen 237 ff. Verabredung der Parteien 237[50] ff. Bestimmung des Leistenden 238[53]. Gesetzliche Anrechnung 238 ff. Theilleistung 238[54].
— Beweis der ordnungsmäßigen Erfüllung 232[4] ff., 239. Quittung 239 ff. Beweismittel, Beweisvertrag. Gegenbeweis nicht erfolgter Zahlung 240. Anerkennungsvertrag 241. Gegenbeweis in diesem Falle 241[74]. Rückgabe des Schuldscheins. Anerkenntniß des Nichtbestehens der Schuld 241[75] ff. Vermuthungen der Zahlung 241 ff.
— Erfüllung bei Insolvenz des Schuldners 242 s. Konkurs. Nichtgedeckter Schuldenrest 247 ff., 16[8]. S. auch Zwangsvergleich, Anfechtung von Rechtshandlungen seitens der Gläubiger, Zwangsvollstreckung.
— Erfüllung durch Dritte 99 ff. Bei Widerspruch von Gläubiger und Schuldner 100. Unbedingtes Erfüllungsrecht des Dritten zur Erhaltung eigener Rechte 100 ff.
— aufrechenbarer Forderungen 299[3].
Erfüllungshalber übernommenes Versprechen 265, 270a. Analogie bei Sachleistungen 265[26]. Verhältniß der erfüllungshalber übernommenen und der ursprünglichen Verpflichtung 265 ff.
Erfüllungsinteresse 72 ff., 123, 160.
Erfüllungsort s. Leistungsort.
Erfüllungsstatt, Leistung an 262, 501[8]. Vertragscharakter 262[2]; Erforderniße des Vertrages 262[3] ff. Realcharakter (datio in solutum) 262[5]. Versprechen an Erfüllungsstatt 263. Hingabe von Werthpapieren 263[13]. Verabredung auf Leistung an Erfüllungsstatt 263[18]. Hauptinhalt: Aufgabe der alten Schuld 263[16], 264 ff. Entwährung des an Erfüllungsstatt Geleisteten 263 ff. Mängel des Gegenstands, Nichtigkeit des an Erfüllungsstatt Versprochenen 264. Sicherheiten der alten Schuld 264[19]. Rechte des Gläubigers 264[20—21].
— bei Gesammtschuldverhältniſſen 380[14], 388[14], 392[20]; bei Schuldverh. auf untheilbare Leistungen 395[26].

Erfüllungssurrogate 231, 262 ff.
Erfüllungsübernahme 226[14] ff., 234 ff., 351[10] ff.
— Geltung des Vertrags als Erfüllungsübernahme, wenn keine Schuldübernahme zu Stande kommt 352[21] ff.
Erfüllungsversprechen s. constitutum.
— dritter Personen für den Schuldner 100[13].
— bei Spielgeschäften und anderen unvollkommenen Verbindlichkeiten 16, 17, 833.
Erlaß 309 ff. Annahme 310. Bedingung, Zeitbestimmung 310[8], 311[19]. S. auch Stundung. Zuwendungscharakter 310[9] ff. Erlaß in Schenkungsabsicht 310[10—11]. Titulirter Erlaß 311[14]. Unterschied von Vertragsaufhebung durch contrarius consensus 311[17]. — Schuldbefreiende Wirkung 311[18]. Gegensätze 311 ff. Theilweiser Erlaß, Erlaß in rem und in personam 312. Bei Gesammtschuldverhältnissen 375, 377[54], 380[20] ff., 389[19—22]. Regreß 384[49]. Bei Schuldverhältnissen auf untheilbare Leistungen 392, 395[26—27].
— S. noch Anerkennungsvertrag (negativer), Zwangsvergleich.
Erneuerungsscheine 950[54] ff., 953[25], 956[36], 957—958.
Erpressung 1026[25 26].
Ersatz s. Schadensersatz.
Erwerb und Fortkommen, Beeinträchtigung 1027 ff., 1076.
Erzeugnisse, landwirthschaftliche 555 ff.
Excedentenvertrag 851[51].
Exceptio non adimpleti contractus 171 ff. — non rite adimpleti contractus 172 ff., 176.
— plurium litisconsortium 378[3].
Explosivstoffe 1026, 1047 ff.
Expromission 267[36].

F.

Fabriken 666[3]. Haftpflicht, s. Betriebsunfälle.
Fabrikarbeiter 667, 668[15] ff., 669[28] ff., 670. S. auch Arbeiter, Arbeitsvertrag.
Facultas alternativa 91.
Fälligkeit der Forderung 108. Bestimmung der Fälligkeit: durch den Inhalt des Schuldverhältnisses 108 ff.; durch das Gesetz 109. Statim debetur quod sine die debetur 109[6]; durch Kündigung 109 ff. Leistungsrecht des Schuldners vor der Fälligkeit 111. Ausnahmen 111 ff. Fixgeschäfte 112, 190 ff. Nutzungen der Zwischenzeit bei vorzeitiger Leistung 112 ff. Berechnung des Diskonts 113 ff. Hinausschiebung der Fälligkeit 114 ff. s. Stundung. Unmöglichkeit der Leistung bis zur Fälligkeit 159[11]. Nach der Fälligkeit 160 ff., 121 ff., 177 ff.
Fahrkarten 943[61 62].
Fahrlässigkeit 65[18].
Fakturenklauseln 410[42].
„Fehlerfrei", Haftung für 457[24], 478[20].
Feuerversicherung 841, 847[13], 850 ff.
Fidelussio 868[6].
Fixgeschäfte 112, 128, 185, 190 ff.
— Voraussetzungen des Rücktrittsrechts bei Ausbleiben der Leistung 191, bei Handelskäufen 192 ff. Rückgabe der Gegenleistung 191[5—9]. Festhalten am Vertrage 191[10]. Unmöglichkeit der Leistung, Verzug 192. Konkurs des Gegners 193.
— Selbsthülfeverkauf 280[59].
— Behandlung im Konkurs 246[58].
Flächenmaß von Grundstücken. Wandelung 463 ff.
Forderung 2.
Forderungen, gemeinschaftliche 9 ff., 11 ff., 368 ff., 393, 807[18].
Formulare zu Verträgen 22[5], 411[43], 535 ff., 647.
Fortkommen, Beeinträchtigung 1027 ff., 1076.
Frachtführer 667[12], 679 ff., 1054[1].
Frachtvertrag 678, 679[32] ff., 680[40].
— Handelsfrachtgeschäfte, Eisenbahn-, Post- und Telegrammbeförderung 679 ff. Haftung mehrerer successiver Frachtführer 677[12].
— Selbständige Berechtigung des Adressaten 226[12], 227[22].
Freiheit, Verletzung der 1017, 1018, 1025, 1059[10], 1076 ff., 1078, 1081 ff.
Fristsetzung 67 ff. bes. Note 8. Angemessenheit der Frist 68. Bestimmung im Urtheil 70.
Fruchterwerb des gutgläubigen Besitzers, Vermögensausgleich 981[20], 999.
Fund 981, 998.
Fur semper moram facere videtur 139[37], 1084[111].

G.

Garantievertrag 159, 623[15], 893 ff. Inhalt und Zweck der Garantiezeichnung

894. Form. Umfang, Verfall der Garantie 895.
Garantievertrag, Garantieübernahme durch Mitverpflichtung als Gesammtschuldner 377[60].
Garderobenmarken 948[62], 975.
Gastwirthe, Einbringen von Sachen bei G. 751 ff., 1054[1]. Geschäftsunfähigkeit des Reisenden 752[7]. Grundsätze der Haftung 752[6], 754[23] ff. Einbringen 752—754. Eigenthum, Art der Sachen 753[13]. Zerschlagen der Verhandlungen über die Gastaufnahme 754[23]. Ausschlußgründe der Haftung: Selbstbeschädigung des Gastes, Beschaffenheit der Sachen, höhere Gewalt 754a, b. Werthbeschränkung 755[24] ff. Unverzügliche Anzeige des Gastes 755[40—44]. Anderweitige Vereinbarungen, Anschläge 754 ff. c.
— Pfandrecht an den Sachen des Gastes 756.
Gattungsschuld 46 ff. Maß der Merkmale 46[2] ff. Sachen aus bestimmtem Vorrath 46[7], 51[34]; vertretbare Sachen 47[8]; Thätigkeiten 46[5]. Inhalt des Schuldverhältnisses 47, 1; vor Leistung kein bestimmtes Individuum in obligatione 47[11]. Leistung von mittlerer Art und Güte 48[12] ff. Ordnungsmäßige Erfüllung 48, 2. Andernfalls keine Konzentration 48[17]; Mängel des Leistungsgegenstandes 48 ff.[18—19]. Begriff der Qualitätsmängel 49[20] ff. Quantitätsmängel 49[22], Theilleistung 49[22], Zuvielleistung 49[24] ff. Bestimmung des Leistungsgegenstands durch Wahl? 50, 3; Vertrag? 50. Beginn der Leistung 50[31] ff. Gefahr des Transportes 51. Annahmeverzug des Gläubigers 51[37] ff. Abzuholende und zu übersendende Sachen 52. Untergang der Gattung 35[18], 51[34]. Wirkung der Beschränkung des Schuldverhältnisses auf einen bestimmten Leistungsgegenstand durch obige Momente 52 ff. Keine Rückwirkung 52[44]. Wirkung des Annahmeverzuges 53; Mängel des Geleisteten 173 b.
Gebäude, Haftung für Einsturz ꝛc. 1047 ff., 1058 ff. s. Bauwerke.
Geben 32, 38 ff.
Gebrauch, Ueberlassung von Gütern zum Gebrauch 503[4], 505 ff.[18], 529 ff. S. Miethe, Pacht, Leihe.
Gefahr s. Versicherung.
Gefahrtragung 29[6], 30 ff., bei gegenseitigen Verträgen 170 ff., 178;
— bei Gattungsschulden 50[29-31] ff., 51;
— bei Wahlschulden 90[8], 92[26], 97[58];
— nur bis zum Erfüllungsorte 105[22];
— bei Geldleistungen 107[32-34];
— im Leistungsverzuge 31[21], 142 ff; im Annahmeverzuge 31[19], 154[11] ff., 180[30], 420 c; s. noch Kauf, Dienstvertrag, Werkvertrag;
— beim Rücktrittsrecht von Verträgen 202[9];
— bei Hinterlegung zur Schuldbefreiung 285[34];
— für gewisse Betriebe 1012 ff.
— Wer die Gefahr trägt, dem gebührt der Gewinn 29[6], 30[17] ff.; bei Geschäftsbesorgung 618.
Gefahrtragung insbesondere beim Kauf 414; beim Kauf in Pausch und Bogen 410[37] ff.; beim Kauf eines Vermögens 420 b; Kauf auf Probe 486[6]; bei Miethe und Pacht, hinsichtlich des Gegenstandes 531[13]; hinsichtlich des Inventars 557. Bei der Leihe (gemeinsamer Untergang der eigenen und fremden Sachen) 589[18]. Beim Dienstvertrag 652 ff.; beim Werkvertrag 696 ff. (Gefahr des Stoffes 695, 706); beim Werklieferungsvertrag 704, 705, Verlagsvertrag 734 ff., offener Verwahrung 750; für das Gesellschaftsbringen 775 β. Haftung des Bürgen 879[49].
Gefahrenklassen 862[46].
Gegenseitige Verträge s. Verträge.
Gegenstand des Schuldverhältnisses 27. Aenderungen desselben, Früchte und Gewinn 28 ff., 30 ff. 32. Zerstörung durch Dritte 29[4]. Nutzungen 29[10], 30, Zwischenvortheile bei Restitution der Sache 30, bei Geschäftsbesorgung und Verwaltung 31 c; Bestandtheile, Zubehör 32.
— Bestimmtheit des Gegenstandes 39 ff. S. auch Unbestimmtheit, Gattungsschuld, Wahlschulden. Zinsen 55 ff. Verletzung des Leistungsgegenstandes durch Dritte: Abtretung der Ersatzansprüche 79 ff. Herausgabe der Surrogate bei Unmöglichkeit der Leistung 126 ff., 179 a.
Gehaltsansprüche, Aufrechnung 298[43]; Beschlagnahme 260; Abtretung 328 b.
Gehülfen bei unerlaubten Handlungen 1069[9].

Gehülfen bei Erfüllung von Verbindlichkeiten 117 ff.
— im Gewerbebetriebe 667[11].
Geldschulden 53 ff. Gegensätze 53[3—4]. Zahlung der Geldschuld 54. Münzsorte? 54[5—9], 55. Annahme zum Nennwerth oder Kurswerth? 54—55. Uebersendungspflicht der Geldleistung 105 ff. Aenderung des Wohnsitzes 106. Gefahr und Kosten 107.
Geldsortenschuld 53[4], 54[8].
Gelegenheitsgeschenke 17[16] ff., 523[4].
Gemeinden, Haftung für ihre Beamten 1039 ff., 1050[10]. — Für Aufläufe und Zusammenrottungen 1014[25], 1046[46].
Gemeinschaft, Begriff, Entstehung 804 ff. Struktur (nach Bruchtheilen und zu gesammter Hand) 805, 806. Geschichtliches 805[6]. Tendenz auf Lösung und Zusammenhalt 805[7], 806[12] ff.
Gemeinschaft nach Bruchtheilen 804, 806 ff. Gegenstand 807[17—19]. Obligatorische und dingliche Beziehung 807[20] ff. Objektive Bedeutung der Gemeinschaftsregeln; vertragliche Abmachungen; Höhe der Antheile 808.
— Anspruch der Genossen auf Früchte, Gebrauch 2c. des gemeinschaftlichen Gegenstandes 808—809, 811[57]. Verwaltung desselben 808—811. Erhaltungsmaßregeln 810a, Mehrheitsbeschlüsse 810 ff. b. Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstandes 811a. Maßregeln der Zweckmäßigkeit 811c. Verfügung über den Gegenstand 812[63] ff., 815, über den Antheil 812[65—71]. Beschlüsse über Verwaltung, Benutzung, Theilungsausschluß 812—814. Bindung der Rechtsnachfolger 813[74—80]. Rechte des Gläubigers eines Theilhabers 813[83] ff. Konkurs eines Genossen 814[89] ff. Verjährung der wechselseitigen Ansprüche, Sorgfalt, Haftungsgrundsätze 814[91—94].
— Verhältniß der Gemeinschafter zu Dritten 814 ff. Aktiven: Geltendmachuug der Ansprüche pro rata und für's Ganze 815. Verpflichtungen der Gemeinschafter 816.
— Aufhebung der Gemeinschaft, s. Theilung.
Gemeinschaftliche Schuldverhältnisse 11 ff., 368 ff, 393, 807[18].
Generalvollmacht 234[24].
Genossenschaften 770.
Genugthuung, Unvererblichkeit der Ansprüche auf 1079[53] ff. Unabtretbarkeit 325[10].
Genus non perit 51.
Gepäckscheine 943[62], 975.
Gesammte Hand 12 ff., 14, 765 ff., 806.
Gesammtforderungen 9 ff., 11 ff., 368 ff., 372[21], 386 ff. Entstehung 374[31] ff., 375[36]. Verhältniß der Mitgläubiger 374[34] ff., 386[1]. Wahlrecht des Schuldners 387[2]. Theilleistungen 387[3—4].
— Verhältniß zum Schuldner 387 ff. Nebeneinanderstehen der Verpflichtungen, Leistungsort, Leistungszeit 387[5]. Erfüllung an einen Gläubiger, Präventionsprinzip, Klage, Urtheil, Erfüllung des Schuldners an einen anderen Gläubiger 387 ff. Leistung an Erfüllungsstatt, Schuldumwandelung, Hinterlegung, Aufrechnung 388; Unmöglichkeit der Leistung, Vereinigung, Erlaß, Vergleich, Anerkennung, Annahmeverzug 389, 390[37], Verschulden, Verzug gegenüber einem Gläubiger, Verjährung, rechtskräftiges Urtheil 390[27—28]. Abtretung der Forderung eines Gesammtgläubigers an Dritte 329[29].
— Verhältniß der Gesammtgläubiger untereinander 390 ff. Mitberechtigung nach regelmäßig gleichen Antheilen 391[31]. Herausgabe des mehr Empfangenen 301[34]. Wirkung der inneren Getheiltheit schon vor dem Empfang; Verletzung der Gesammtinteressen 391[35] ff. Besondere Pflichten aus Auftrag 2c. oder aus dem Inhalt des Grundverhältnisses 391[38] ff. Leistung an Erfüllungsstatt 392[39].
Gesammtpreis, Vertrag über mehrere Sachen 178[14].
— Wandelung 468 ff. Minderung 470.
— Wirkung beim Vorkaufsrecht 496[20].
Gesammtschulden 10, 11 ff., 368 ff. Begriff 372. Keine Kumulation der Leistungspflicht 372 ff. Unterlassungen 372[20]. Art der Verpflichtungen im Uebrigen 373[23] ff.
— Entstehung: durch Rechtsgeschäft 373 ff. Vertrag, einseitiges Versprechen 373[26 27]. Gültigkeit im Uebrigen 373[28]. Mängel in der Person eines Gesammtschuldners 374[29] ff. Verhältniß der Mitschuldner

374[35] ff. Gesetzliche Entstehung 369 ff., 375 b.

Gesammtschulden, Unvollkommene Gesammtschuldverhältnisse 375 ff. Hauptfälle 376. Wirkung 376 ff. Schuldv. auf untheilbare Leistungen 377, 392 ff. Bürge und Hauptschuldner 377[56] ff. Internes Bürgschaftsverhältniß 377[60], 383[41], 385[61].

— Inhalt der Verpflichtung: Verhältniß zum Gläubiger 378 ff. Nebeneinanderstehen der Verbindlichkeiten, Leistungsort, Leistungszeit, Konkurs eines Gesammtschuldners 379[5] ff., 382[30]. Gesammtzerstörlich wirkende und andere Thatsachen 10[6], 379,2. Beweis 381[27]. Erfüllung durch einen Gesammtschuldner oder einen Dritten 379[9—12]. Leistung an Erfüllungsstatt, Schuldumwandelung, Hinterlegung, Aufrechnung, Unmöglichkeit der Leistung, Erlaß, Vergleich, Anerkennung, Annahmeverzug des Gläubigers 380 ff., 903. Verschulden, Verzug eines Gesammtschuldners 381[28]. Unmöglichkeit der Leistung, Verjährung, Vereinigung, rechtskräftiges Urtheil 382[21—37]. — Einwendungen des belangten Gesammtschuldners 382 ff. Nicht aus vereitelten Regreßansprüchen 383[39—41].

— Verhältniß der Gesammtschuldner untereinander 383 ff. Gleichheit der Regreßantheile 383[45]. Tragung des eigenen Antheils 383[45], des Antheils eines Zahlungsunfähigen 2c. 384. Bei Theilleistungen 2c. 384[52—55]. Wirkung der inneren Getheiltheit des Schuldpostens schon vor der Zahlung 384[56]. Verletzung der Gemeinschaftsinteressen durch einen Gesammtschuldner 385[58]. Besondere Pflichten aus Auftrag 2c. oder dem Inhalt des Grundverhältnisses 385[59] ff.

— Subrogation des zahlenden Gesammtschuldners in die Gläubigerrechte 385[63] ff. Beschränkung nach Regreßantheilen und dem Satze: nemo subrogat contra se 386. Siehe Subrogation. Regreß im Konkurs eines Gesammtschuldners 386[67].

— Schuldverhältnisse auf untheilbare Leistungen s. dort.

Gesammtschuldner, Abfindungsrecht und Subrogation 344a, 349.

Gesammtschuldner, Internes Bürgschaftsverhältniß bei Gesammtschulden 377[60] ff.

Gesammtschuldverhältnisse 10b, 11 ff., 13, 37[27], 372 ff. S. Gesammtschulden, Gesammtforderungen.

Geschäfte des Gemeinschuldners, beiderseits noch unerfüllte 246. Nach Erfüllung von einer Seite 246[31].

Geschäftsbesorgung, Begriff 611 ff. Geschäftliche Thätigkeit 613. Rechtsgeschäfte und andere Geschäfte 612 ff. Selbständigkeit der Besorgung 613[9]. Fremde Angelegenheiten 614. Verpflichtungen des Geschäftsbesorgers 614 ff. Beachtung der Intentionen des Herrn 614[15] ff. Abweichung, Anzeige 615[17] ff. Nachrichten Auskunft, Rechenschaft (Rechnungslegung) über die Führung 615[24—27]. Herausgabe des Empfangenen an den Herrn 616 ff. Ueberschreitung der Befugnisse, Heilung 615[22] ff. Verwendung von Geldern in den eigenen Nutzen 617[27]. Ineinanderrechnung mehrerer Geschäfte 78[61]. Verpflichtungen des Herrn. Erstattung der Auslagen 617, Vorschuß, Ersatz des bei der Ausführung erlittenen Schadens 618. Sonstiger Schadensersatz 618[49—50].

— Endigung 619 ff.; durch Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Geschäftsführers, nicht des Herrn 620. Konkurs 620[69 78 79]. Fortdauer der Rechte und Pflichten zur Abwickelung der laufenden Geschäfte 620 ff. Anzeigepflicht und Handlungspflicht der Erben oder Vertreter des Geschäftsführers 621[76] ff. Rechnungspflicht der Erben 621[77]. Schutz des gutgläubigen Geschäftsführers, bis er von der Beendigung Kenntniß erlangt 621 ff.

— Schadensersatzpflicht bei Nichtübernahme einer angetragenen Geschäftsbesorgung 618[54—64].

Geschäftsführung der Gesellschaft 777 ff. Geschäftsführende Socien 778 ff. Gemeinschaftliche, solidarische Geschäftsführung 780 ff. Nach dem Tod eines Gesellschafters 792 ff.

Geschäftsführung ohne Auftrag 629 ff. S. auch Geschäftsbesorgung. Auftraglose Besorgung nichtgeschäftlicher Angelegenheiten 629 ff. Führung fremder Geschäfte: objektiv 630, subjektiv fremde Geschäfte 631. Han-

deln im Namen oder nur für Rechnung des Herrn 631 15—16. Wissentliche und irrthümliche Führung objektiv fremder Geschäfte als eigene (für eigene Rechnung) 631 ff. S. auch unten unechte Geschäftsführung.

Geschäftsführung ohne Auftrag, Gründe des Eingriffs. Nützliche Geschäftsführung 632 ff. Handeln im Auftrag eines Dritten 632 1. Schlechter Ausgang. Nützlich unternommene Geschäftsführung. Beachtung der Intentionen des Herrn 633. Durchschnittsanschauung; bekannte besondere Intentionen, Verbot des Herrn; Erfüllung wichtiger Pflichten desselben 634. Irrthum über die Person des Geschäftsherrn 635 II.

— Verpflichtungen des Geschäftsführers 635. Mehrere Handelnde 635 24. Verpflichtung aus nützlicher Geschäftsführung 635 ff. Anzeige, Nachrichten, Auskunft, Herausgabe des Empfangenen 636 25—33. Aus unnützer Geschäftsführung 636 25—28. Verschuldungsgrenze 637 c. Verpflichtungen des Herrn 637 ff. Erstattungspflicht bei nützlicher Geschäftsführung, Entlohnungsfrage 638 ff. Bei unnützer Geschäftsführung 639 65. Genehmigung des Herrn 639 61—64.

— Endigung des Verhältnisses 639 ff. Stellung der Erben 640 69.

Geschäftsführung, unechte, ohne Auftrag 631 ff., 640. Irrthümlich 640 2—6. Wissentlich: Wahlrecht des Herrn 640 ff. Verhältniß der Parteien bei Inanspruchnahme des Geschäftsführers als solchen 641.

Gesellen 667 11.

Gesellschaft, Begriff und Zweck 763. Geschichte, Struktur 764 ff. Gesammthänderverhältniß 765 ff., Passiven 766, dingliche Rechte der Genossen an Gesellschaftssachen 766 15. Gesellschaftsvermögen 765, 667, 781 ff. Gesellschaftsvertrag 763 3, 767 ff. Gegensätze, Auslegung 768 29—33. Form des Vertrages 768 ff. Gesellschaft des Vermögens, Sondergesellschaften, Erwerbsgesellschaften, Ges. des besonderen Rechts 769 ff. Ungültiger Vertrag 769 38. Soc. leonina 769 39. Gesellschaft zu Spielzwecken 834.

— Verhältniß der Gesellschafter untereinander 770 ff. Abhängigkeit der resp. Leistungen. Einrede des nicht erfüllten Vertrages 771 ff. Schadensersatz, Rücktritt vom Vertrage 772; Kündigungsrecht wegen Säumniß in Pflichterfüllung 772 ff. Maß der Haftung 773 37, Verpflichtungen der einzelnen Gesellschafter: Beiträge 773 ff., zu Eigenthum und zu Gebrauch 501 7, 774 ff. Untergang der eingebrachten Sachen 775 β. Gewährleistung 774 36—39. Einforderung der Beiträge 2c. 771 ff., 775 ff. Erhöhung der Beiträge 776. Einlagen 776 ff. Geschäftsführung 777. Vertretung 777 64. Nothwendige Geschäfte 777 ff. Majoritätsklausel 778 73. Aenderung des Gesellschaftsvertrags 777 65. Bestellte Verwalter 778 74 ff. Geschäftsführende Gesellschafter 778 ff. Gemeinschaftliche und solidarische Geschäftsführung 780 ff. Rechte der von der Gesellschaft ausgeschlossenen Gesellschafter 780 94—96. Unübertragbarkeit der wechselseitigen Ansprüche 783 117.

Gesellschaft, Gesellschaftsvermögen 765 ff., 781 ff. Verlust, Gewinnvertheilung 782. Verfügung über den Gesellschaftsantheil 765, 783 ff., über den künftigen Auseinandersetzungsantheil 783 114—116.

— Verhältniß der Gesellschafter zu Dritten 765 ff., 784 ff. Gesellschaftsforderungen 12, 13, 370, 785. Aufrechnung 785 ff. Schutz gutgläubiger Dritter 786. Schuldenhaftung der Gesellschafter 786 ff. Haftung mit dem Gesellschafts- und Privatvermögen 787 ff. Grund der Schuld 787, 788 ff. Delikte 787 27. Prozeßführung 767 25, 788. Gesellschaftsschulden, Privatschulden; Gesellschaftsgläubiger, Privatgläubiger 13 22 ff., 766 ff., 789—781. Konkurs der Gesellschaft? 765 11, eines einzelnen Gesellschafters 793 IV, 800 2.

— Auflösungsgründe 791 ff. Rechte und Pflichten der Erben und Mitgesellschafter eines verstorbenen Socius 792 ff. Kündigung der Gesellschaft 793 ff. Unzeitige, vorzeitige 794. Kündigung durch die Privatgläubiger 766, 790 ff. Thatsächliche Fortsetzung der Gesellschaft 795. Liquidation des Vermögens 795 ff. Verwaltung der Zwischenzeit. Schwebende Geschäfte 796 ff. Aussonderung,

Schuldenzahlung, Regreß 797—798. Erstattung der Einlagen 788 ff. Gewinn- und Verlustvertheilung 799, 800.

Gesellschaft, Abschichtung einzelner Gesellschafter 800 ff. Einlagen, Gesellschaftsvermögen 801 a, b. Gewinn- u. Verlustvertheilung 801 ff. α, β. Schwebende Geschäfte 801[10], 802 ff. Haftung des Ausgeschiedenen gegenüber Dritten 802 c. Eintritt neuer Gesellschafter 803 ff. Schuldenhaftung 804.

Gesetzliche Schuldverhältnisse 26[12] ff., 976[1].

Gesindedienst 661 ff. Häusliches, landwirthschaftliches Gesinde. Abschluß des Dienstvertrages 662. Verpflichtungen des Dienstboten 663 ff. Polizei- und Strafschutz 663[22] ff. Züchtigung, Beleidigung, Zwang zum Dienstantritt, Zurückbehaltungsrecht 664. Pflichten der Herrschaft 664 ff. Geschenke, Kostgeld, Schuldenzahlung 664[30—34]. Dienstendigungsgründe 665 ff. Rechtsstreitigkeiten zwischen Herrschaft und Gesinde 666. Dienstbücher, Dienstzeugniß 665[25—26]. Kontraktbruch 663[23—28], 666[44].

Gesindemäkler 709[14].

Gesundheitsverletzung 1017, 1018, 1025, 1055 ff., 1059, 1063, 1075 ff., 1078, 1081 ff.

Gewagte Verträge 165 ff.; s. auch Glücksverträge.

Gewährleistung für versprochene Veräußerung oder Belastung von Gegenständen 193 ff., bes. 437 ff., 443 ff. G. bei der Theilung 826. Beim Vergleiche 902.

Gewährleistung für Mängel im Rechte (Rechtsgewährleistung) 193 ff.; bei entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften 194 ff. Charakter als Einstehen für Nichterfüllung 195. Allgemeiner Inhalt der Gewährleistungspflicht 195[16].

— Insbesondere beim Kaufe 428, 437 ff. Voraussetzungen: Kritischer Zeitpunkt 435, Hervortreten des Rechtsmangels 437[3], 438[4] ff., 439. Abwendung durch den Schutz des gutgläubigen Erwerbs des Käufers 438[6—8]; Untergang des Objekts vor Eintritt der Entwährung 439[9]. Verschulden des Verkäufers? 436[39]. Kenntniß des Käufers von den Rechtsmängeln 436[41] ff. Sonstiger Ausschluß der Gewährpflicht 442 ff. Inhalt der Gewährleistungspflicht 439 ff. Wahlweise Rechte des Käufers 440 bis 442. Beweis 442[23] ff.

Gewährleistung für Mängel im Rechte. Kaufähnliche Geschäfte 193 ff., 501. — Rechtsgewährleistung des Schenkers 515 ff. Arglist 515[25]. Negatives Interesse 516[27]. Zu erwerbende Gegenstände 516[30—33]. Negot. mixtum donatione 518[43].

— Gewährleistung des Vermiethers 541 ff., 546. Voraussetzung: Hinderung des vertragsmäßigen Gebrauchs 546[52]. Kritischer Zeitpunkt? 546[54]. Anzeige an den Vermiether 543[16—22]. Verschulden des Vermiethers? 541[3], 542[4—5]. Erkennbarkeit der Mängel für den Miether 542 ff. a. Inhalt der Gewährleistungspflicht 546[55]; Schadensersatz 541 ff., 545 ff. Befreiung von Entrichtung des Miethzinses 544 a; Kündigungsrecht 544 b. Mehrheit der Objekte 545[42]. Pränumerandozahlung 544[23], 545[44].

— des Verleihers 591[47] ff.; Darlehensgebers? 596[17].

— beim Werkvertrage (Zuthaten) 682[13] ff.; beim Werklieferungsvertrage 704, 705; beim Trödelvertrage 715[11]; beim Verlagsvertrage 721[26], 727[103].

— für das Gesellschaftseinbringen 774 ff.;

— bei der Theilung 826.

Gewährleistung für Mängel der Sache 195 ff.; bei entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften 196. Die Leistung ist nicht nothwendig = Nichterfüllung 195 ff., 196[22], 444. Allgemeiner Inhalt der Gewährleistungspflicht, wenn Nichterfüllung 196[22], 446 ff. — wenn mangelhafte Vollleistung vorliegt 196 ff., 445, 448 ff. Hinreichende Erheblichkeit der Mängel 196[19], 455[7], 457[22].

— Insbesondere beim Kaufe 428 ff., 443 ff. Römisches und deutsches System 445 ff. Viehwährschaft 446[17] ff., 476 ff. s. dieses Wort. Gewöhnliche Grundsätze der Gewährleistung für Sachmängel 444 ff., 446 ff. Voraussetzungen: Mängel 454 ff., nach allgemeiner Verkehrsauffassung 455, nach dem beim Vertrage vorausgesetzten Gebrauch der Kaufsache 454[3], 456, Fehlen zugesicherter Eigenschaften 444 a, 456 ff.[19—25], 458[32]. Gattungskäufe 444 c. Arglistiges

Verschweigen von Mängeln durch den Verkäufer 444 b. Kritischer Zeitpunkt für das Vorhandensein der Mängel 457 ff. Verschulden des Verkäufers? 449[40]. Kenntniß des Käufers von den Mängeln: a) beim Vertragsabschluß 449 ff., 458 a. Offensichtliche Mängel 450[43] ff. Bei zugesicherten Eigenschaften 450[45]. Bei Arglist d. Verkäufers 450[46]. b) Kenntniß der Mängel bei Annahme der Sache 450 ff. Offensichtliche Mängel? Untersuchungspflicht 450[44 50] ff. Annahme unter Vorbehalt 451. Entdeckung der Mängel nach der Annahme 451 ff. Sonstiger Ausschluß der Gewährpflicht 453. Inhalt der Gewährleistungspflicht im Allgemeinen 445, 446 ff. Wahlweise Ansprüche des Käufers 447—449, 458 ff. Sonstige Rechte nach den allgemeinen Vorschriften wegen Nichterfüllung 448[33]. Beweis der Mängel 452. Recht und Pflicht des Verkäufers zur Beseitigung des Mangels? 447[22—27], 458[30]. Wandelung, Minderung 445[15] ff., 446[20] ff., 448, 449, 459 ff. s. diese Art. Anspruch auf Schadenserſatz wegen Nichterfüllung 447 b, 471 ff. Auf Lieferung einer mangelfreien Sache bei Gattungskäufen 446[20], 447[25] ff., 448, 472 ff. Wahlvollzug zwischen den verschiedenen Ansprüchen 462 ff., 464, 471 ff., 472 ff. Verjährung der verschiedenen Gewährleistungsansprüche 473 ff. Beginn, vertragliche Verlängerung, Unterbrechung durch Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme des Mangels ꝛc. 474. Gewährschaftseinrede 475 ff. s. dort. Aufrechnung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung 476.

Gewährleistung für Mängel der Sache Kaufähnliche Geschäfte 193 ff., 501. — Schenkung 517. Arglist. Negatives Interesse 517[34—35]. Zu erwerbende Gegenstände 517[37—43]. Negot. mixtum donatione 518[43].

— Gewährleistung des Vermiethers 541. Voraussetzungen: Mängel, die den vertragsmäßigen Gebrauch hindern 541, 543 ff. Fehlen zugesicherter Eigenschaften der Miethsache. Arglist 542, 544[26]. Kritischer Zeitpunkt 541[3] ff., 544[28]. Anzeige an den Vermiether 543[16—22]. Verschulden des Vermiethers? 541[3], 542[4—5]. Kenntniß ꝛc. des Miethers von den Mängeln a) beim Vertragsschluß 542[9] ff.; b) bei Annahme der Sache 542[18]. Inhalt der Gewährleistungspflicht: Schadensersatz 541 ff., 545 ff. Befreiung von der Entrichtung des Miethzinses 544 a. Kündigungsrecht 544 ff. b. Mehrheit der Objekte 545[42]. Pränumerandozahlung 544[23], 545[44].

Gewährleistung für Mängel der Sache des Verleihers 591[47] ff.

— für das Gesellschaftseinbringen 774 ff.

— bei der Theilung 826.

Gewährleistung für Mängel des hergestellten Werkes 684 ff. Begriff der Fehler 684[34] ff. Verschulden des Unternehmers? 684 a; Kenntniß der Mängel bei der Annahme 685 b. Sonstiger Ausschluß oder Abänderung der Gewährpflicht 688[74]. Inhalt der Verpflichtung: Anspruch auf Beseitigung des Mangels 684 ff., 685 α. Verzug des Unternehmers 685[45—47]. Ablehnung der Ausbesserung mit und ohne Fristbestimmung 686. Wandelung, Minderung 686 ff. s. diese Art. Anspruch auf Schadenserſatz wegen Nichterfüllung 684[37], 687 γ. Beweis der Mängel 688 e. Verjährung der Ansprüche 687 ff. Gewährschaftseinrede und Aufrechnung 688[70—71]. — Beim Werklieferungsvertrage 704, 705.

Gewährschaftseinrede 475; Wahrung durch Anzeige, Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme, Streitverkündung 475[18—21]. Beim Viehhandel 482[50] ff.

Gewerbe 667.

Gewerbegerichte 671.

Gewinn, entgangener, s. Schaden.

Gewinnprovision 646[35].

Gewinnantheilsscheine, s. Dividendenscheine.

Glauben, guter 23[9], 939[26].

Gläubiger 1. Gläubigermehrheit 9 ff., 11 ff., 242 ff., 368 ff., 386 ff., 392 ff.

Gläubigeranfechtung, s. Anfechtung.

Glücksverträge 165 ff., 827 ff.

Grundbuchführung, Verantwortlichkeit für ordnungsmäßige 1038[26].

Grundstücke, Verträge über 162 ff. Bindung des Gegners bis zur Annahme 163[38]. Heilung des formlosen Vertrags 163[41] ff. Grundstückskäufe Flächenmaß des Grundstücks, Wandelung 463 ff.

Grundstücke, Maßregeln zum Schutz der Grundstücke 1024[14].
Grundstücks- u. Hypothekenmäkler 708[13].
Gütergemeinschaft, eheliche 162[31], 806.
Gutsüberlassungsverträge 221[3], 226[11].
— gegen Rentenleistungen 605[14] ff., 610.

H.

Habere licere 193[5], 401[16]. Bedeutung für die Eviktion 437[2].
Haftung des Schuldners für die Leistung 65, 116.
— im Leistungsverzug 141;
— im Annahmeverzuge 153 ff.
Hagelversicherung 841 a, 851.
Handelsgeschäft, Uebernahme unter der bisherigen Firma ꝛc. 368[35]. Uebergang der Forderungsrechte aus dem Betrieb 343[6].
Handelsmäkler 708, 709[13 17].
Handgeld 208[3], s. Draufgabe.
Handkauf 193[1], 400; Beweis des Geschäfts 401[14].
Handlungsagenten 645.
Handlungsgehülfen 645, 667[6].
Handlungslehrlinge 672[4 6], 673[10 15], 674[19—22].
Handwerk 666[3]; s. auch Arbeitsvertrag, Lehrvertrag.
Hauptmängel 445[9], 446[17], 476 ff., 479[26], s. Viehwährschaft.
Hausoffizianten 682[6].
Hausordnungen 536[59], 647[46].
Hausrecht, Verletzung des 1017[15], 1025[30].
Hausverwalter, Haftung für Verfall des Hauses ꝛc. 1061 a. Zahlung des Miethzinses an den Hausverwalter 236[23].
Herausgabe von Sachen gegen Ersatz des Werthes 80 ff.
— empfangenen doppelten Ersatzes 82, 994.
Herabfallen von Gegenständen 1047[5], 1058[3].
Hinterlegung, öffentliche, zur Schuldbefreiung 273; Gegensätze 273[3]. Beschränkung auf Mobilien 274[6]. Auf hinterlegbare Sachen 279. Ausdehnung auf andere Sachen im Wege des Selbsthülfeverkaufs (s. dort) und Hinterlegung des Erlöses 279 b. — Geschichtliches 274. Hinterlegungsstellen 274 ff. Verfahren 275 ff. Eigenthum der Hinterlegungsobjekte 275[15] ff. Prüfung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung 275[18], 282[12]. Zuständigkeit 276 a. Datum der Hinterlegung bei Uebersendung per Post 276 b. Anzeigepflicht an den Gläubiger 276 c. Hinterlegung bei geschuldeten Zug- um Zugleistungen 276 d. Charakter des Vertrags mit der Hinterlegungsstelle 277.
Hinterlegung, Voraussetzungen der Hinterlegung zur Schuldbefreiung: Leistungsberechtigung des Schuldners 278[24] ff. Hinterlegungsgrund 278[36] ff. Hinterlegung durch den Schuldner 278[41]; einer geeigneten Sache 279.
— Wirkungen, dingliche 281 ff. Verfahren der Abhebung des Depots 281[2]. Zustandekommen des Uebereignungsvertrags mit dem Gläubiger. Befugniß und Grenzen der Rücknahme des Depots durch den Schuldner 281 ff. Annahmeerklärung des Gläubigers 281[11]. Gerichtliche Entscheidung der Rechtmäßigkeit der Hinterlegung 282[13]. Verzicht des Schuldners auf das Rücknahmerecht gegenüber der Hinterlegungsstelle 283. Unpfändbarkeit des Rücknahmerechts 283[17] ff. Folgen anderweitiger Befriedigung des Gläubigers, Verzicht auf die Hinterlegungsobjekte, Ablauf von 30 Jahren 284. Anwendung auf den Fall, wenn die Hinterlegungsobjekte in's Eigenthum der Hinterlegungsstelle übergegangen waren 284[25] ff. Obligatorische Wirkung der Hinterlegung 284 ff. Solange die Hinterlegung noch widerruflich ist 285. Sicherheiten der Forderung, Gefahrtragung 285[32—34]. Nach Rücknahme der Hinterlegung 286[37] ff. Bürgen und Pfänder 286[39]. Selbsthülfeverkauf 286[41]. Wirkung nach Ausschluß des Rücknahmerechts 286 ff. Ohne Rücksicht auf Annahme des Gläubigers 287[44]. Rücknahme nach 30 Jahren 287[45] ff. Bei Gesammtschuldverhältnissen 380[14], 388[14]. Bei Untheilbarkeit der Leistung und Gläubigermehrheit 394.
— Hinterlegung durch Dritte 100[15], 101[21].
Hinterlegungsscheine 970[2], 973[23].
Höhere Gewalt 65[20].
Hoffnungskauf 408[19].
Holschulden 52[41], 105.
Hülfshandlungen des Gläubigers für die Annahme 146. Aufforderung des Schuldners 150 ff.

Hülfspersonen der Leistung. Haftung des Schuldners für dieselben 117 ff. Voraussetzungen 118 ff. Sonderfälle 120.
Hypothekenbriefe 970[2 7].
Hypothekenschulden, Uebernahme beim Grundstückserwerb 359. Charakter als Schuldübernahmevertrag mit dem bisherigen Schuldner. Zustimmung des Gläubigers 360. Wenn der Veräußerer nicht persönlicher Schuldner ist? Grundschulden 360[8]. Zeitpunkt der Genehmigung 361 a, b. Form der Mittheilung an den Gläubiger 361 c. Verpflichtung des Veräußerers gegenüber seinem Kontrahenten 361[12]. Genehmigung durch Stillschweigen 360[9] ff., 362. Verweigerung der Genehmigung 360, 362[30]. Andere Formen der Uebernahme kraft Parteivereinbarung 362[21—24]. Verhältniß des Uebernehmers zum Gläubiger. Einwendungen 362 ff. Keine Einwendungen aus dem Grund der Uebernahme 363[28]. Bei verweigerter Genehmigung des Gläubigers 363[29—30].
— Uebernahme im Zwangsvollstreckungsverfahren in das Grundstück 363 ff. Anwendung auf Grundschulden 363[32].

J.

Ideelle Güter, Verpflichtung auf 18 ff.
Ideeller Schaden, Ersatz 20 ff., 70, 85 ff., 1028, 1030[36], 1075 ff.
Impensen s. Aufwendungen.
Indirekte Leistung 221[1], 236, 266 ff., 599, 907, 920 ff., Schenkung 507[16].
Indossament, keine Rechtsnachfolge 820[6]; s. Orderpapiere.
Inhaberpapiere 906, 907, 908, 936 ff. Inhalt des Versprechens, Werthpapier, Forderungsberechtigter 937. Einseitigkeit der Verpflichtung. Schuldgrund 938. Verpflichtung des Ausstellers aus dem Kreationsakt 938[24], 939. Erforderniße u. Mängel der Ausstellung 940 ff. Mängel der Ausgabe 939[26—31].
— Arten der Inhaberpapiere 941. Besondere Erforderniße der Ausstellung von Schuldverschreibungen auf Inhaber: Unterschrift, Emissionsvermerk 942. Staatsgenehmigung bei Geldpapieren, Papieren mit Prämien, Lotterieloosen ꝛc. 943, 944. Alternative Inhaberklausel 937[7]. Karten, Marken ꝛc. des täglichen Verkehrs 942[61—63]. Ausländische Papiere 943[66].
Inhaberpapiere. Verpflichtung des Ausstellers gegenüber dem Inhaber 939, 945 ff. Erste Ausgabe (Emission) 945 a. Weiterbegebung des Papiers 320[6], 946 b. Sachenrechtliches und schuldrechtliches Verhältniß 946 ff. Diebstahl des Papiers 939, 945[5], 946[19]. Verfügungsberechtigung des Inhabers 947. Leistung an den bloßen Inhaber 947[25 27]. Einwendungen des Ausstellers 948 ff. Fälschung des Papiers 948[38]. Leistung gegen Aushändigung des Papiers 949 b. Erwerb des Eigenthums durch Aushändigung a non domino 949[40]. Vereinigung von Schuld und Gläubigerrecht 317[7—8].
— Näherer Inhalt der Verpflichtung 949 ff. S. auch Zinsscheine, Dividendenscheine, Erneuerungsscheine. Leistung auf Sicht 949[43]. Auslooſung, Kraftloserklärung ꝛc. (Zinspflicht) 950[46] ff.
— Zeitdauer der Verpflichtung 950 ff. Vorlegungsfrist. Beginn, Dauer, Wirkung 951. Hemmung durch Zahlungssperre 952 β. Verpflichtung nach Vorlegung des Papiers (Verjährung) 952 ff. Zahlungssperre 953[79].
— Erneuerung beschädigter Papiere 953 I. Aufgebot 953 ff. Voraussetzungen und Wirkungen der Kraftloserklärung 954 ff. Meldung Dritter 954[11]. Einwendungen des Ausstellers 954[15]. Besitzer der kraftlos erklärten Urkunde 955[18] ff. Zahlungssperre 955 ff. Ausschluß von Kraftloserklärung und Zahlungssperre bei gewiſſen Papieren 956—958.
— Umwandelung in Namenpapiere 958 ff. Einwilligung des Ausstellers 959[15] ff. Verpflichtung zur Umwandelung 960 a, b. Folgen 958 ff.[3—13].
Innengesellschaften 12, 770.
Innominatkontrakte 25[9].
Interceſſion 868[3].
Intereſſe, schutzwürdiges 19[9].
— mangelndes des Gläubigers an der Leistung 68 ff., 129 ff., 231, 7, 144 b, 186[3], 190, 231[7].

Interesse des Schuldners an Abnahme der Leistung 146[9], 147, 152 ff., 273 ff.
— Interesse als Schadensersatz 71[17] ff.
— Interesse dritter Personen 75 ff.
— bei theilweiser Unmöglichkeit der Leistung 124 ff., 132, 181[42], 182 ff., 189 ff.
— bei Fixgeschäften 128.
— im Leistungsverzug des Schuldners 144.
— nach erfolgter Theilleistung 69.
Interusurium s. Zwischenzins.
Invaliditätsversicherung 842[32], 856[30], 857 ff., 864 ff. Versicherer und Versicherte 865. Aufbringung der Beiträge 865 ff. Versicherungsleistungen (Invalidenrente, Altersrente) 866, 867. Feststellung derselben 867[87]. Erlöschen des Anspruchs 867[86]. Siehe auch Arbeiterversicherung.
Inventar eines Grundstücks 556. Pacht des Grundstücks mit Inventar 556 ff. Ergänzung 557 b. Uebernahme zum Schätzungswerth 557 ff. Verfügungsbefugniß 557[13]. Ergänzung 557[15] ff. Rückgabe 558 b.
Irrthum beim Vergleiche 904 ff.; bei der Theilung 827[81].
Ius offerendi et succedendi 345[17].
Ius tollendi s. Wegnahme.

K

(s. auch C).

Kapitalschuld, Zinsschuld 56, 595, 596 ff., 603.
Kartelle 214[30].
Karten, Marken 2c. des täglichen Verkehrs 942[61—68], 945[1], 947[22], 950[55], 958[79], 956[40], 958[2].
Kassageschäfte 411[45].
Kassatorische Klausel 197[5].
Kauf, Begriff 398 ff. Güterumsatz 399, 401. Schuldrechtlicher Charakter 399[8], Realgeschäft 193[1], 399 ff. Handkauf 400. Beweis 401[14]. Inhalt der gegenseitigen Verpflichtungen 401 a, b. Formloser Abschluß 402 c. Wesentlicher Inhalt. Nebenbestimmungen 402[20], 410[40] ff. Hauptsächlichste Klauseln 411 ff. Baarkauf, Kreditkauf, Zeitkauf, Pränumerationskauf 411 α, Leistungsort 411 β. Versendungskauf 412[54] ff. Transportgefahr und Anweisungen 412[58 55]. Bedingungen. Kauf auf Probe 412 b, 485 ff. s. diesen Art.; ferner Vorkauf, Wiederkauf, Eigenthumsvorbehalt. Fakturenklauseln 410[43], öffentliche Anschläge, gedruckte Vertragsformulare 411[43].
Kauf, Abgrenzung des Kaufs von anderen Geschäften 401[15], 500 ff. Verschaffungsprinzip als Inbegriff der Verkäuferpflicht 401[16] ff., 427. Gewinnabsicht beider Parteien 402 ff. Freiwilliger und gezwungener Kaufabschluß 403; Formen im letzteren Falle 404. Ankauf des betreibenden Theils in der Zwangsvollstreckung 2c. 404[35—39]. Ankauf seitens der mit der Leitung des Zwangsverkaufs betrauten Personen, Richter, Gerichtsvollzieher, Auktionatoren 2c. 405 ff., 404[38]. Zustimmung der Betheiligten 405[17] ff. Aufforderung zur Erklärung und Rückwirkung der Genehmigung 406.
— Kaufgegenstand 406 ff. Fremde Sachen 407 a; Kauf der eigenen Sache 407[14]. Künftige Sachen 407 b; Hoffnungskauf 408[19] ff. Vertretbare Sachen; Bestimmung des Kaufobjekts durch Dritte 408 c. Kaufpreis: Geld 408 ff. Nebenleistungen 408[27]. Preisbestimmung 409 a. Marktpreis 409[32] ff. Preisbestimmung nach Maß, Zahl, Gewicht 409[35] ff., in Pausch und Bogen 410[36] ff. Preiszuschläge, Rabatt, Skonto 410[39].
— Gefahrtragung 414 ff., 416 ff. Untergang, Verschlechterung des Kaufobjekts 415; Mobilien 416, Versendungskauf 416 ff. Sonstige Zusendung 416[14], Mängel der Verpackung 417[20]. Immobilien 417 ff. Zwangsversteigerung 418[24]. Verkauf von Rechten 418 c. Doppelverkauf an verschiedene Personen 418 ff. Bedingter Kauf 419 ff. Verkauf von Sachinbegriffen, Annahmeverzug des Käufers, Gattungs- und wahlweiser Kauf 420. Nutzungen und Lasten des Kaufgegenstandes 420 ff.
— Verpflichtungen des Käufers 421 ff. Kaufpreis, Verzinsung 422. Kosten der Abnahme, Versendung 422[14], der Uebergabe am Erfüllungsort, Begründung 2c. des verkauften Rechts, Auflassung 2c., Räumung des Grundstücks 423. Verwendungen des Verkäufers vor der Uebergabe 423 ff. Abnahme der Kaufsache 2c.

424 ff. — Folgen der Nichterfüllung: Rechte des nichtsäumigen Verkäufers 425 ff. Sonstiges Verschulden des Käufers 426, 6.

Kauf, Verpflichtungen des Verkäufers 427 ff. Ueberlieferung, **Uebergabe** 427, 429 ff. Uebersendung, Verwahrung der Kaufsache bis zur Uebergabe 430. Verzug des Verkäufers: Rechte des Käufers 428 [12] ff. 430—431. **Pflicht zur Rechtsverschaffung** 427, 432 ff. Lasten des Kaufobjekts 432 [9—12], öffentliche Lasten 433 [15—17], fälschlich eingetragene 433 [16]. Haftung für den Bestand des verkauften Rechts (nomen verum) 433—434, Gegenrechte: Einreden, Anfechtungsrecht, Aufrechnung 434 [24—26]; Werthpapiere 434 [27] ff. Haftung für Zahlungsfähigkeit des Schuldners (nomen bonum) 435. Kritischer Zeitpunkt der Rechtsmängel 435. Veranlassung der Entwährung durch den Verkäufer 435. Verschulden des Verkäufers? 436 [39]. Kenntniß des Käufers von den Rechtsmängeln 436 [41] ff. Verzug des Verkäufers hinsichtlich der Rechtsverschaffung 2c. 428, 437. Gewährleistungspflicht für Mängel im Rechte 437 ff. s. Gewährleistung. Rechte des Käufers 439—442. Beweislast 442 [23]. Ausschluß der Gewährpflicht 442 ff.

Gewährleistung wegen Mängel der Sache 443 ff. s. Gewährleistung, Wandelung, Minderung, Gewährschaftseinrede, Viehgewährschaft.

— S. noch Kauf auf, nach und zur Probe, Vorkauf, Wiederkauf, Tausch, Abzahlungsgeschäfte.

Kauf bricht nicht Miethe 563 ff.

Kauf auf Probe 485 ff. Untersuchung der Waare, Uebergabe, aufschiebende oder auflösende Bedingung 486 [4—5], 487 ff. Gefahrtragung, Aufbewahrung, Erhaltung und Benutzung der Sache 486 [6—9]; Form der Billigung 485 [3], 487 [12]. Frist 487 a, Entschlußfreiheit des Käufers 487 b. Mängel der Sache 488 [19]. Rückgabe im Falle der Nichtbilligung 486 ff.

Kauf nach Probe 483 ff. Zusicherung sonstiger Eigenschaften 484 [3]. Beweislast für Kauf nach Probe 484 [4], für Probemäßigkeit der Waare 484 [9—15] ff. Folgen mangelnder Probemäßigkeit 484 [5—8]. Mängel der Probe 484 [5].

Kauf zur Probe 484 [3].

Kaufähnliche Geschäfte 500, 501 ff. Gewährleistung 193 ff. Abnahmepflicht der Leistung 501 [7].

Kautionsversicherung 851 [49].

Kinder, nachgeborene, Schenkungswiderruf? 526 [30].

Kindskauf 496 [25].

Klage als Wahlerklärung bei der Wahlschuld 94, 95. Bei sonstigen wahlweisen Ansprüchen 379 [9], 381 [28], 382 [26] ff., 387 [7] ff., 462 ff., 471 ff. und Rechten 183 ff., 190.

Knappschaften 858 [9], Knappschaftskassen 860 [25].

Körperverletzung 1017, 1018, 1025, 1055 ff., 1059, 1063, 1075 ff., 1078, 1081 ff.

Kommissionsgeschäft 679.

Kommissionsverlag 717 [7].

Kommunalverbände, Haftung für ihre Beamten 1039 ff.

Kondiktionen s. Bereicherung, condictio.

Konkurrenzausschlußvertrag, Vertragsstrafe 214 [27] ff., 216 [40].

Konkurs 242 ff., 259 ff. Wirkung als Vermögensbeschlagnahme 243 [8] ff. **Voraussetzungen:** Zahlungsunfähigkeit; Ueberschuldung 243 [12]. Zahlungseinstellung 243 [14] ff. **Befriedigung** der Forderungsrechte 242 ff., 244 [15], dinglicher Rechte 244 [6] ff. Aussonderungsberechtigte 244 a, Absonderungsberechtigte 244 ff. b, Massegläubiger 245 ff. c, Ansprüche aus zweiseitigen noch nicht erfüllten Verträgen des Gemeinschuldners 246. Privilegirte und einfache Konkursforderungen 247. Bedingte Forderungen 247 [39].

— **Nichtgedeckter Schuldenrest** 16 [8], 247 ff., 313, s. auch Zwangsvergleich.

— **Aufrechnung** im Konkurse 306 ff., s. Aufrechnung. Abtretung von Forderungen des Gemeinschuldners 321 [12].

— **Regreß der Gesammtschuldner** im Konkurs eines Genossen 348 [35], 386 [67]. Konkurs des Geschäftsführers, des Prinzipals 620 [69 73]; des Vermiethers 573 [58] ff.; des Miethers 584 ff.; der Gesellschaft? 765 [11], eines einzelnen Gesellschafters 793 IV, 800 [2]; eines Gemeinschafters 814 [39] ff.; des Hauptschuldners bei d. Bürgschaft 348 [35], 871 [28]; der Betheiligten bei der Anweisung 933 [12]; des Ausstellers von Inhaberpapieren vor deren völliger Begebung 989 [25].

Konnexität von Forderungen, Bedeutung für die gerichtliche Aufrechnung 305.
Konnossement 962.
Konsensualkontrakte 25[9].
Kontokorrent 270β; Verzinsung 68[59]; Einstellung selbständiger Forderungen in ein Kontokorrent (Sicherheiten) 270[14]. Einstellung von Spielgeschäften 833[21].
Kontremarken 975.
Korrealobligationen 9ff., 372[22].
Kostbarkeiten 279[44].
Kostenanschlag, Uebernahme von Werken unter 691. Kündigung wegen Ueberschreitung 701ff.
Krankheit des Arbeiters 650ff., 655[23], 669[20], 860ff., 1054ff., 1071ff., Dienstboten 664[20]; Krankengelder, Sterbegelder, 861, 863, 1076ff., 1080, Aufrechnung 297ff.
Krankenkassen 860.
Krankenversicherung 856d, 857ff., Versicherer: Krankenkassen 860. Versicherte 860ff. Aufbringung der Beiträge; Versicherungsleistungen 861. S. auch Arbeiterversicherung.
Krankenwärter, Haftung für Beschädigung durch Pflegebefohlene 1054[46].
Kreation von Inhaberpapieren 938[24]ff., Orderpapieren 965[46].
Kreditauftrag 891; Form 891[8]. Entgelt 892[9]ff. Anlaß 892[13—18]. Rechtsstellung der Betheiligten vor und nach der Kreditgewährung 892ff. a, b. Regreß 893[24—28].
Kreditbriefe 892[17], 919[2].
Kreditbürgschaft 869[13].
Kreditеröffnung 596[15].
Kreditgeschäfte 594[5].
Kündigung 109ff., 200[22]. Erklärung der Kündigung, Form 110. Sonstige Erfordernisse 111. Beendigung des Verhältnisses für die Zukunft 110. Kündigung gegen Reugeld 206[1]. Wirkung: Aufhebung des Vertragsverhältnisses für die Zukunft 230[5]. Herbeiführung der Fälligkeit 109ff.
— bei Gesammtschuldverhältnissen 382[30], bei Schuldverhältnissen auf untheilbare Leistungen 395[27].
— der Miethe, gewöhnliche 581ff. Besondere: mit Kündigungsfrist 582ff. Ohne Kündigungsfrist 585. Insbes. wegen Mängel der Gebrauchsgewährung 540ff., 544ff., 546[55], wegen Nichtzahlung des Miethzinses 548, wegen vertragswidrigen Gebrauchs und Vernachlässigung der Sache 549ff., wegen ungerechtfertigter Verweigerung der Untermiethe 2c. 562b. Bei Veräußerung der Miethsache 568[14]. Kündigung des Miethers in der Subhastation des Grundstücks? 572[49]. Kündigung des Erstehers 572[54]ff., des Konkursverwalters bei Konkurs des Miethers 584. Seiner Erben 583b. Der Beamten 2c. bei Versetzung 583ff.
Kündigung der Leihe 590, 592; Verwahrung 745[5]; des Darlehens 602, des Auftrags 627, des Dienstvertrags 656ff., 665ff., des Lehrvertrags 674.
— des Werkvertrags durch den Besteller (Sistirung der Arbeit) 701. Wegen Ueberschreitung des Kostenanschlags 702[4—11]. Kündigung des Unternehmers wegen Säumniß des Herrn 702ff. S. noch Ehefrauen, Geschäftsbesorgung.
— des Verlagsvertrags 737ff., 739.
— der Gesellschaft 772ff., 793—795; durch Gläubiger 766, 789, 790ff.; der übertragenen Geschäftsführung für die Gesellschaft 778, 779.
— von gemeinschaftlichen Rechtsverhältnissen 815[102], der Bürgschaft 887[1], des Kreditauftrags 892[19].
Kündigungsfrist 110.
Kursmäkler 708[10].

L.

Ladescheine 962.
Laesio enormis 409[30].
Lagergeschäft 744[24], 751[24].
Lagerscheine 962.
Lasten der Kaufsache 421, 432ff.
Leben, Verletzung des 1017ff., 1025, 1055ff., 1059, 1063, 1079ff., 1081ff.
Lebensversicherung 842, 854[17], 855ff. Arten 856. S. Summenversicherung.
— zu Gunsten Dritter 225[7].
Legitimationspapiere 972ff. Als Werthpapiere 972[17—20]. Ausdruck der Klausel 972[21]. Verpflichtung des Ausstellers 972[22], 973ff. Prüfung der Berechtigung des Inhabers 973[26]. Leistung an den bloßen Inhaber 973[27]ff. Einwendungen des Ausstellers 973, 974. Leistung gegen Aushändigung des Papiers. Theilzahlungen 974[31]. Vorlegungsfrist, Verjährung 974[39—40]. Kraftloserklärung 974[33—38]. Beseitigung der Inhaberklausel 974[41]ff.

Legitimationspapiere, die nicht Werthpapier sind, 975.
Lehrer 644[17]. Verantwortlichkeit für ihre Zöglinge 1053.
Lehrlinge s. Lehrvertrag, Handlungslehrlinge.
Lehrvertrag, gewerblicher 671 ff. In Betracht kommende Betriebe 672[2–5]. Vertragsabschluß 672 ff. Entgelt 672[1]. Verbote des Haltens von Lehrlingen 673[10–18]. Pflichten des Lehrherrn 673a, des Lehrlings 673b. Hausgemeinschaft, häusliche Arbeiten 672[2]. Züchtigungsrecht 2c. 673 ff. Beendigung des Lehrverhältnisses, Probezeit, Berufswechsel 674. Entlaufen des Lehrlings 674[19].
Leibrenten 606[24], 607 ff. S. auch Renten. Gegenleistung, Zeitdauer der Verpflichtung 607, 608. Art der Bezüge 607[1]. Bestellung zu Gunsten Dritter 608[4]. Abschluß, Anfechtbarkeit des Vertrages 608b, c. Vorbehalt der Rente bei anderen Geschäften (Theilung, Versicherung) 610 II. Vermachte und gesetzliche Leibrenten 611 III.
— Verpflichtung des Rentenschuldners 608 ff. Tod desjenigen, auf dessen Kopf die Rente gestellt ist, 609[9] ff. Mehrere Berechtigte 609[11]. Rentenbetrag, Fälligkeit, Vorausbezahlung 609b. Verzug der Rentenleistung 610.
— Vertrag zu Gunsten Dritter 225[7].
Leihe 530[6], 586 ff. Realvertrag (auf Rückgabe) 587[4]. Leihversprechen 587[5–6]. Gegenstand 587 ff., Inhalt des Vertrags (unentgeltlicher bestimmter Gebrauch) 588. Nutzung? 588[12]. Auflagen 588[19]. Pflichten des Entleihers 589 ff., des Verleihers 591 ff. Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit 592b, für arglistiges Verschweigen von Mängeln 591[48] ff. Endigung, gewöhnliche 592, vorzeitige 593. Keine Kündigungsfristen 590[31]. Ort der Rückgabe 590[26]. Rückforderung vom Drittbesitzer 591[41] ff.
Leistung 1 ff., 5, 27 ff. Erzwingbarkeit 2, 18[3], 19; Vermögenswerth? 18 ff. Schadensersatz für nicht vermögenswerthe Leistung 20 ff. Reihenfolge bei gegenseitigen Verträgen 171 ff. Bewirkung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte 21 ff., s. im Uebrigen diese Worte.
— Inhalt 32, Eigenschaften der Leistung: Möglichkeit 33 ff., ursprüngliche 159 ff., nachfolgende 121 ff., 177 ff. (s. Unmöglichkeit); Erlaubtheit 36,2; 161 ff. Dauernde und vorübergehende, einfache und zusammengesetzte Leistungen 36,3. Theilbarkeit und Untheilbarkeit 11 ff., 36[25], 37 ff.; kein Einfluß auf die Einrede des nichterfüllten Vertrags 173. Theilleistungen 37[28], 38[29], 49[23], 99, 176. Schuldverhältnisse auf untheilbare Leistungen 11, 392 ff. Unbestimmtheit der Leistung 40, 164. Hebung der Unbestimmtheit durch Erklärung dritter Personen 40[5], 41 ff., durch Erklärung einer Partei 43 ff. Entscheidung nach Billigkeit 42, 45, nach freiem Belieben 41 ff., 44 (s. auch Unbestimmtheit, Gattungsschulden, Wahlschulden). Bewirkung der Leistung durch Dritte 99 ff., 343 ff. Widerspruch von Gläubiger und Schuldner 100. Hinterlegung 100[13]. Unbedingtes Erfüllungsrecht des Dritten im Interesse der Erhaltung eigener Rechte 2c. 100 ff., 343 ff. Recht der Theilleistung in diesem Falle 101[24], 346 ff. Regreß gegen den Schuldner 101[27] ff., 344, 347—349. Ort und Zeit der Leistung 102, 108 s. Leistungsort, Fälligkeit. Geldleistung 54 ff. Uebersendungspflicht 105 ff. Ausnahmen 105[25]. Stundung 114 ff. Haftung des Schuldners für die Leistung 65, 116; für gesetzliche Vertreter und Hülfspersonen 117 ff. Entlastungsbeweis 120 ff. Beweispflicht des Gläubigers 121[40] ff. S. auch Unmöglichkeit der Leistung, Rechtshängigkeit, Verzug, Gewährleistung. Haftung mehrerer Erben des Schuldners 370b.
Leistung nach dem Tode des Versprechensempfängers 226[16] ff. Wenn der Begünstigte noch nicht geboren ist 227[19].
Leistungsort, Bedeutung für das Schuldverhältniß 102. Erfüllung, Klage an anderem Orte 102[1–3]. Bestimmung des Leistungsorts durch den Inhalt des Schuldverhältnisses 103. Auslegung 103[6–10]. Uebernahme von Transportkosten und Transportgefahr 103[9]. Gesetzliche Bestimmungen des Erfüllungsorts 103 ff. Spätere Aenderung des Wohnsitzes 2c. 104[14], Mangel und mehrfacher Wohnsitz 104[17–19]. Bedungene Zusendung an einen anderen

(Bestimmungs-)ort 105. Gesetzliche Uebersendungspflicht von Geldleistungen 105 ff. Gefahr und Kosten 107. Aenderung des Wohnsitzes 2c. des Gläubigers 106. Mehrere Leistungsorte 107. Bürge und Hauptschuldner, gegenseitige Verträge 107[37 41]. Bedeutung des Leistungsortes bei der Aufrechnung 292 ff.

Lex Anastasiana 328[34].

— **commissoria** 170[10], 197[5], 502[12 15].

Liedlohn ländlicher Arbeiter 693[10].

Liquidität der Forderung, als Voraussetzung der Aufrechnung im Prozeß 304 ff.

Lohnverträge 641 ff. Geschichtliches 612[8].

Loose, Lotterieloose 835, 944[83] ff.; Loosebildung bei der Theilung 821.

Lotterie 15, 834 ff. Spielgeschäft 835, 836[11]. Verbotene 835[10], erlaubte Lotterien 836. Landesrechtliche Verbote des Spielens in auswärts konzessionirten Lotterien 836[15], 882[11].

Lucrum ex re und ex negotiatione perceptum 29[9], occasione rei perceptum 29[11].

M.

Mäklervertrag 707 ff. Thätigkeit des Mäklers 708, 709, 710. Mäklerverträge des besonderen Rechts 708[6] ff. Verpflichtungen des Mäklers 709 ff. Gelegenheitsvermittelung, direkte Vermittelung 710. Vollzugs- und Schadensersatzanspruch gegen den Mäkler 709[15] ff. Verpflichtung zu Treue, Diskretion, Wahrnehmung der Interessen des Auftraggebers 710[21] ff. Doppelvermittelung 710[23], 713[46—49]. Haftungsgrundsätze 710[24] ff. Verpflichtung des Auftraggebers zur Zahlung des Mäklerlohns 711[27], der Aufwendungen des Mäklers? 711[29] ff. Voraussetzungen der Zahlungspflicht: wirksames Zustandekommen des Geschäfts 711α, durch die Thätigkeit des Mäklers 712β. Abbruch der Verhandlungen 712[40]. Erkennbarkeit der Vermittelung 712[41]. Stellenvermittelung 712 ff. Ehevermittelung 713 c.

— **Endigung** des Vertrags 713[50] ff. S. noch Geschäftsbesorgung, Auftrag, Dienstvertrag 2c.

Mängelrüge, prompte, nach Civilrecht nicht erforderlich 176.

Mahnung des Schuldners 137 ff. Entbehrlichkeit der Mahnung 139 ff.

Mandat s. Auftrag, Dienstvertrag, Geschäftsbesorgung. Mandatum mea, tua und aliena gratia 623. Mandatum post mortem 620[70]. Mandatum qualificatum 891[4], s. Kreditauftrag.

Marktpreis 409[33].

Massegläubiger 245 ff.

Massschulden 246.

Meineid 1025[24].

Mengekauf 36[33] ff., 79[66], 178[14], 468 ff., 470, 496[29].

Miethe 529 ff. Obligatorisches Recht 530[5] auf entgeltliche zeitweise Gebrauchsüberlassung 530[4 7]. Art des Gebrauchs 530[7], 531[13] ff., 535 ff. Anwendung der Regeln der gegenseitigen Verträge 531[13]. Wesentliche Punkte, Vertragsabschluß, Form 531 ff[13—17]; Folgen des Formmangels bei Grundstücken 532[18—20]. Nebenbestimmungen 531[14], 535 ff.

— **Gegenstand** 532. Grundstücke 532[17 26] ff. Wohnräume 2c. 533[28]. Fremde Gegenstände 533a. Miethe der eigenen Sache 533[35], 534[38]. Untergang; Künftige Sachen 534[37 39]. Vergütung 534[40] ff. Dienstleistungen 534[44—47]. Bestimmbarkeit des Miethpreises 535[48]. Verzinsung 63[57].

— **Pflicht zur Gebrauchsgewährung** 536 ff. Bei Beginn der Miethzeit und später 537. Uebergabe 537[2—5]. Erhaltung des zum Gebrauch geeigneten Zustands 537[4] ff. Ausbesserungen 537 ff. Wiederherstellung? 538[8]. Störungen des Miethers durch den Vermiether 538[9] ff., durch rechtliche Eingriffe Dritter 538[11] ff., 540, 541 ff., 546, s. Gewährleistung im Rechte. Störung durch thatsächliche Eingriffe Dritter 538[13] ff. Anzeige 539[15], 548 ff. Lasten der Miethsache 539a. Aufwendungen des Miethers auf dieselbe 539 ff. Mängel der Sache, welche den vertragsmäßigen Gebrauch hindern 541 ff. S. Gewährleistung wegen Mängel der Sache. Schadensersatzpflicht, Kündigungsrecht des Miethers 540 ff. Mangels Anzeige 543[16—22]. Vertraglicher Ausschluß und Steigerung der Gewährpflicht 543[23].

— **Pflichten des Miethers**: Zahlung des Miethzinses 547; Befreiung 544a, 546[55], 547[5—7]. Verzug (Kündigungsrecht des Vermiethers) 548b,

Nichtbenutzung der Miethsache 547[8] ff. Beschränkung auf vertragsmäßigen Gebrauch. Abnutzung der Sache 548 ff, 549[26]. Veränderungen der Miethsache 549 ff. Vernachlässigung 550[33] ff. Rechte des Vermiethers 550[29—32]. Anzeigepflicht des Miethers 548 ff.[18—25]. Rückgabe der Sache am Schluß der Miethzeit 550 ff. Verzögerung 551 a. Einwendungen des Miethers 551 b, bes. des eigenen Eigenthums 551[43]. Rückforderung der Sache vom Drittbesitzer 551 c. Räumungsfrist 552[48].

Miethe, Gebrauchsabtretung und Untermiethe 559 ff. Gäste, Dienstboten des Miethers 561 b. Befugniß zur Gebrauchsabtretung 561[11] ff. Ungerechtfertigte Weigerung des Vermiethers 562 b. Haftung des Miethers für den Dritten 562[22]. Rechte des Vermiethers gegen den Dritten 562[23] ff. Folgen unbefugter Gebrauchsüberlassung 561 a.

— Veräußerung und Belastung der Miethsache 563 ff. Beim Fehlen des Miethbesitzes 564[9—9]. Bei Mobilien 564[10—13]. Bei Immobilien 564[14] ff. Konstruktion 565[16]. Sicheres Datum des Miethvertrages 565[17]. Kritischer Zeitpunkt: Gebrauchsüberlassung an den Miether 565[18] ff. Vertragliche Abweichungen 566. Zeitpunkt des Eintritts des Erwerbers in die Miethe 567[2]. Zwischenzeitliche Veränderungen der Miethverpflichtungen, Rückstände, künftige Leistungen 567[4—8]. Haftung des bisherigen Vermiethers 567, 568 a. Vereinbarungen des Miethers und bisherigen Vermiethers über den zukünftigen Miethzins 568 ff. α, β. Aufrechnung mit Forderungen gegen den bisherigen Vermiether 569 γ. Fälschliche Mittheilung des Eigenthumswechsels an den Miether 570[21] ff. — Belastung des Miethgrundstücks 564[15], 570 ff. Entziehung 570 a, Beeinträchtigung des Miethgebrauchs 571 b. — Mehrfache Veräußerung 571, 3. Garantiepflicht des ursprünglichen Vermiethers 571[45—47]. — Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung 571 ff. Rechtsstellung des Ansteigerers 572[52] ff. Veräußerung im Konkurse des Vermiethers 573.

Miethe, Gesetzliches Pfandrecht des Vermiethers 573 ff., s. Pfandrecht.

— Beendigung durch Zeitablauf 580 I, Untergang der Sache, Enteignung 581 II, Kündigung 581 III. Kündigungsfristen und Termine 581 ff. Kündigung vor Ablauf der Vertragszeit: unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen 582 ff. Tod, Versetzung des Miethers 583 ff. Konkurs des Vermiethers 573, des Miethers 584 ff. Zwangsvollstreckung in das Grundstück 572, 585 e; Weigerung der Gebrauchsabtretung 562, 585 f. Kündigung ohne Kündigungsfrist wegen Ungesundheit der Wohnung, Vertragsverletzungen ꝛc. 585 u. Cit. Fortsetzung des Verhältnisses (relocatio) 585 ff.

Miethpfennig 208[2].

Militärdienstversicherung 842[37], 856 b.

Minderung des Kaufpreises wegen Mängel der Kaufsache 445[15] ff., 446[21], 448, 458 ff., Begriff, Vollzug der Minderung 461. Minderungsvertrag auf den gesetzlichen oder einen anderen Minderpreis 461[19—28]. Minderungsklage 462. Folge der Minderung 461[24—25], 462. Gesetzliche Bestimmung des Minderpreises 469 ff. Wenn ein Theil des Preises nicht in Geld besteht 470[104]. Bei mehreren zusammen verkauften Sachen, von denen nur einige mangelhaft sind 470. Mehrmalige Minderung wegen neuer Mängel 464, 471. Mehrheit der Parteien (Theilbarkeit der Minderung) 461[17], 464[50].

— Wahl zwischen Wandelung und Minderung 462 ff. Provokationsrecht des Gegners 463. Grundstückskäufe, Flächenmaß 463 ff. Ausschluß der Minderung: beim Viehhandel 446[17], 480; durch Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung 471 ff.; einer mangelfreien Sache bei Gattungskäufen 472 ff.

— Verjährung des Anspruchs 473 ff. Beginn, Verlängerung, Unterbrechung der Verjährung durch Antrag auf Beweisaufnahme 474. Gewährschaftseinrede 476[24]. Aufrechnung 476[26] ff.

— Minderung beim Werkvertrag 684 ff., 686 ff.

— Geltendmachung durch den Bürgen 878[37] ff.

Mitgläubiger 11 ff., 368 ff., 370 c, 371[16], 386 ff., 392 ff.
Mitthäter 1069[9].
Möbelleihverträge 501[11].
Mora ex re 139 ff.
Moratorien 115, 261[10].
Mortuus redhibetur 465[65].

N.

Nachlaß, Verträge über 162.
Nachlaßverbindlichkeiten 12, 13[22] ff.
Naturalobligationen 14[1].
Negatives Geschäftsinteresse 72 ff., 160, 161.
Negotium claudicans 169[8].
Negotium mixtum cum donatione 508[40—42]; Gewährleistung 518[48]. Vorkauf 500[56].
Neidbau 1042[14 16].
Nichterfüllung von Verbindlichkeiten. 65, 66 ff., 121 ff. S. auch Unmöglichkeit der Leistung, Verzug, Schadensersatz.
— gegenseitiger Verträge 169 ff.
— Draufgabe 210. Vertragsstrafe 211[5], für Nichterfüllung überhaupt 218, für nicht gehörige Erfüllung 219.
Nichtschuld, Erfüllung s. condictio indebiti.
Nöthigung 1018[26].
Nomen verum, Haftung für 433—434, desgl. für nomen bonum 435.
Nomina hereditaria ipso iure inter heredes divisa sunt 369[3].
Notare 678[26]. Haftung 1036[10].
Nothbedarf, Rechtswohlthat des 115 a 261[13] ff. Einrede des Schenkers Voraussetzungen 514; Folge 515[18—19] bei mehreren Schenkungen 516 c Einrede des Beschenkten gegen Rückforderung der Schenkung wegen Verarmung 525 ff.
Novation s. Schuldumwandelung.
Nutzung, Ueberlassung zur 529 ff.; siehe Pacht, Leihe.
Nutzungen des Streitgegenstands 134.
— des Leistungsgegenstands 29 ff., 112 ff.
— während der Hinterlegung 286[36].
— nach Rechtshängigkeit der Forderung 133 ff.
— im Leistungsverzug 141.
— im Annahmeverzug 154.
— der Restitutionsobjekte nach Rücktritt von einem Vertrage 201.
— der Kaufsache 420 ff.; bei der Wandelung 467[65]; bei Viehkäufen 481[43], bei Kauf auf Probe 486[7—8], bei Wiederkauf 491[29].
Nutzungen bei der Pacht 552[4], nach Beendigung der Pachtzeit 555 a. Bei Leihe? 588[12], Aufbewahrung 746[30].
— der Restitutionsobjekte bei ungerechtfertigter Bereicherung 1008 b, 1010[36].

O.

Obligation, obligatio 2.
Offerendi (ius) et succedendi 345[17].
Orderpapiere 907[16], 936[29] ff., 960 ff. Inhalt des Versprechens, Werthpapier, Orderklausel 961. Cessionare, Erben des Berechtigten 961[5], 967[64]. Prokuraindossament 964[24], 967[64]. Eigentliches Indossament 961 ff., 963 ff., 965[46], 966[54]. Blankoindossament 963[28—32]. Verhältniß der Indossanten zueinander 964. Indossament zum Inkasso 964[34]. Ungültigkeit einzelner Indossamente 964 ff. Zulässigkeit der Orderklausel 962, 960[2]. Ausdruck im Papier 962 ff.
— Einseitigkeit der Verpflichtung 965. Schuldgrund 961[3]; der Weiterübertragung des Papiers 964. Erfordernisse u. Mängel der Ausstellung 965[47], 966 b, 967 a; Mängel der Ausgabe 965 a, 966 b, 968[81] ff. Ungültigkeit des Indossaments und der Weiterbegebung des Papiers 965[46 49] ff., 966 b, 967[67] ff., 968[79—89]. Ungült. einzelner Zwischenindossamente 965[43—45], 968[79].
— Legitimation des Gläubigers 961, 965 a, 966[57] ff. Diebstahl des Papiers 965[52] ff., 968[81]. Beweis der Identität des Präsentanten 966[58] ff. Leistung an den bloßen Inhaber 969[86].
— Verpflichtung des Ausstellers 966 ff. Einwendungen 967, 968. Fälschung des Papiers 967[71], einzelner Indossamente 968[79]. Leistung gegen Aushändigung des Papiers 969 b. Theilzahlungen 969[85]. Vorlegungsfrist, Verjährung 969[87 88]. Kraftloserklärung 969[89] ff. Nachträgliche Aufhebung der Orderklausel 970. — Inhaberklausel 972 ff. S. Legitimationspapiere.
Ortssitte 23. Bekanntschaft, Unbekanntschaft der Parteien mit derselben 23[13].

P.

Pacht 529 ff. s. auch Miethe. Besonderheiten: geht auf Nutzung von Sachen und Rechten 530 ff., 531[18], 533[39]. Theilpacht 535[49] ff. Fruchtgenuß des Pächters 552 ff. Aussaugung der Sache 552[4—5]. Nachlaß wegen Mißwachs? 553[7]. Verzögerung der Rückgabe am Schluß der Pachtzeit 553[8—10].

— Pacht landwirthschaftlicher Grundstücke 553 ff. Ausbesserungen 554[3—5]. Pachtzins 554[6]. Fruchtziehung 554[8] ff. Rückgabe des Grundstücks 555. Im Lauf einer Fruchtperiode 555a. Landgüter 554[2], 555b. Uebernahme mit den Vorräthen nach Taxe 558 ff., des ganzen Landguts nach Taxe 559[27].

— Pacht eines Grundstücks mit Inventar s. Inventar.

— Gesetzliche Pfandrechte: des Verpächters 573, 579 ff.; des Pächters am Inventar 580, s. Pfandrecht.

— Kündigung 582[17] ff. Nicht bei Versetzung 584[36]. Nicht wegen Weigerung der Erlaubniß zur Gebrauchsabtretung 562[21].

Pactum de contrahenda emtione 167[15] ff.

— displicentiae 197[3].

— de dolo non praestando 116, 117[10], 122[5].

— de ineunda societate 167[17].

— de mutuo dando 168[24].

— de non petendo 311[19].

— reservati dominii s. Eigenthumsvorbehalt.

— de retrovendendo 488[1].

— de retroemendo 493[41].

— protimiseos 494[4].

Pausch und Bogen, Kauf in 410.

Pensionen, Beschlagnahme 260, Abtretung 328b. Anrechnung auf einen erlittenen Schaden 78[57 62].

Perfektion des Kaufs 415[5].

Periculum rei und obligationis 170[18], 171; s. Gefahrtragung.

Perlustionsrecht des Vermiethers 574[7], 577 ff.

Perpetuatio obligationis 142[14].

Personalexekution 259[2—8].

Personenverletzung 70 ff.

Pfandbestellung für Spielgeschäfte und andere unvollkommene Verbindlichkeiten 16, 17, 833[28].

— Irreguläre Pfandbestellung 594[7].

Pfandrecht bei Annahmeverzug des Gläubigers 153[4], Hinterlegung 285[38], 287[48], Leistung an Erfüllungsstatt, Schuldumwandelung 264[18], 273[33—35], Schuldübernahme 357 ff., 359[25], Vergleich über den versicherten Anspruch 903. Verzicht auf das Pfandrecht. Wirkung für den Bürgen 888[12], 889b. Abfindungsrecht und Subrogation des dritten Pfandbesitzers 345[21], 349. Subrogation des Dritten, am Pfandobjekt Berechtigten 100 ff., 345[17].

Pfandrecht, gesetzliches des Vermiethers an den eingebrachten Sachen des Miethers 573 ff. Umfang hinsichtlich des Gegenstands 574, 575[4—13]; hinsichtlich der Forderung 575[14—17]. Erlöschen 575 ff. Entfernung der Sachen vom Grundstück 576. Hinderung der Wegschaffung durch Selbsthülfe 577 ff. Klage auf Zurückschaffung 578b. Ausschluß bei Entfernung im Wege der Zwangsvollstreckung 578 ff. Ausschluß aus sonstigen Gründen 576a—d. Fortdauer des Pfandrechts bei Zurückschaffung 576[22] ff. Abwendung durch Sicherheitsleistung 577. Pfandrealisation 577[38].

— des Verpächters landwirthschaftlicher Grundstücke 579 ff.

— des Pächters am Inventar 580.

— des Unternehmers im Werkvertrage 692 ff.; bei beweglichen Sachen 692[4—9]. Gesetzlicher Hypothekentitel an Grundstücken, Sicherungshypothek 693 ff. Gesicherte Ansprüche 694. Bauhandwerker 695[25] und Nachtrag. Ländliche Arbeiter 693[10].

— des Gastwirths an den Sachen des Gastes 756.

Pfandleiheanstalten. Zinsen 63[60].

Pfandscheine 973[24].

Pfändung von Forderungen im Zwangsvollstreckungsverfahren 320[7]. Unpfändbarkeit 321[11]. Pfändung unübertragbarer Forderungen 326a, 327 ff.

Pfändungspfandrecht. Kollision mit dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermiethers 575[15] ff., 579[45—51], 580[56].

Pflichttheil, Verträge über 162.

Police 844 ff. Uebertragung auf andere Personen 845. Verwirkungsklauseln 844[54—56]. Taxirte 846[5], unanfechtbare Policen 855[25], 857[36]. Rückkauf

855[26]. Orderklausel 962. Klausel der Leistung an den Inhaber 973[24] ff.
Pollicitatio 26[11].
Post, Beförderung 679[28].
— Haftpflicht, s. Betriebsunfälle.
Postanweisung 706[3], 922[31].
Prämien, Versicherung gegen 842, durch Gegenseitigkeitsvereine 843[44], 844[46]. Verspätete Prämienzahlung 844 ff.
Preisbewerbungen s. Auslobung.
Pretium verum, certum, iustum 409[26 30].
Privatstrafen 85[1].
Privilegia exigendi 245[24], 247[41]; bei Abtretung der Forderung 336[10], 337 ff.; bei Schuldübernahme 358[19].
Promesse de vente vaut vente 167[15].
Prozeßvollmacht, Aufrechnung 303[11].
Prozeßualische Aufrechnung s. Aufrechnung, Liquidität.
Prozeßzinsen 58[17] ff., 133.

Q.

Qualitätsmängel der Leistung 173, 189[18].
Querella non solutae pecuniae 240[67].
Quittung, Begriff und Form 239. Kosten 239[66]. Quittungspflicht, Zug um Zug gegen die Leistung 239 ff. Nachforderung 240[66]. Charakter der Quittungsertheilung als Hingabe eines Beweismittels, Beweisvertrag 240. Negativer Anerkennungsvertrag 241, 310[6].
— Empfangsvollmacht des Ueberbringers 235[28].
Qustaldienst- und **Qustalwerkvertrag** 646[35], 680[47].

R.

Ratenzahlungen, bedungene 501 ff.
Rathsertheilung 623[13] ff.
Realangebot der Leistung 150 ff.
Realgeschäfte 168[23], 193[1]. S. auch Handkauf, Handgeschenk.
Realkontrakte 25[9].
Realobligationen 8[30].
Rechnungsfehler bei der Theilung 827[31]; beim Vergleich 904[16].
Rechte, Abtretung 319[3].
Recht und Moral, Grenzen 15[1], 17 ff., 20.
Recht zur Sache 3.
Rechtsanwälte 644[17], 678[22 27], 1036[11].
Rechtsbeugung, vorsätzliche 1038[31].
Rechtsgeschäfte, Verträge und einseitige als Entstehungsgrund von Schuldverhältnissen 24 ff., 28.
Rechtshängigkeit der Forderung, Wirkungen 133 ff. Prozeßzinsen, Erhaltung, Nutzung des Streitgegenstands, Aufwendungen auf denselben 133, 134. Rechtshängigkeit der Bereicherungsklage 140, 1005. Beendigung der Folgen im Allgemeinen 156.
Rechtsirrthum, Verschuldungsfrage 1043[7].
Rechtskräftige Entscheidung bei Gesammtschuldverhältnissen 382[26], 387[8], 390[28]; bei Schuldverhältnissen auf untheilbare Leistungen 395[27].
Rechtsnachfolge in Forderungsrechte 318[18], 319 ff.
Rechtsverschaffung s. Verschaffung.
Rechtswohlthaten: Moratorien 261[10], Recht der Hingabe an Zahlungsstatt 261[11], des Nothbedarfs 261[13] ff.
Reichsversicherungsamt 864[61], 867[87].
Rektapapiere 970 ff. Leistung gegen Aushändigung des Papiers, Prüfungspflicht des Schuldners 971[8 12]. Erwerb des Gläubigerrechts 971[13] ff. Uebertragung 970[4—7]. Uebergabe des Papiers 971[9 14]. Inhaberklausel 972 ff. S. Legitimationspapiere.
Remuneratorische Schenkung 17[17], 508[36], 523.
Reugewinn 29[8], 30[11], 832[12].
Renten, Begriff 56, 603 ff. Rentenrecht und die einzelnen Rentenbezüge. Verjährung 603[2], 604[4]. Entgeltliche und unentgeltliche Gewährung einer Rente 603[2], 604[5] ff. Rentenkauf 704[6—10], 605[3]. Vorbehalt einer Rente bei anderen Geschäften 605[14] ff. Charakter der entgeltlichen Rentenbestellung als gegenseitiger Vertrag 604[3] ff., 606[23]; der Rente als Forderungsrecht 604 ff., als dingliche Grundstücksbelastung 605 ff. Zweck des Rentengeschäfts, Höhe der Rente 606[22]. Dauer der Rentenpflicht 606[4]. Ewige Rente, Ablösung 606 ff. S. noch Leibrenten.
Rentenkauf 604[6] ff., 605[3], 606[23].
Repräsentanten 662[8], 1056[26] ff.
Reuerecht bei gegenseitigen Verträgen 170.
Reugeld, Rücktritt gegen 197[4], 205 c, 206 ff. Abhängigkeit von richtiger Erlegung des Reugelds 206[3] ff. Nachholung der Zahlung und Beweis 207[4] ff. Unterschied von Draufgabe und Vertragsstrafe 207,2.
Ringe, Syndikate 214[20], 1041[13].
Risikorus 850[42], 855[26].

Rückbürgschaft 873c.
Rückgabe, Verträge auf 168.
Rückgriff des zahlenden Dritten wider den Schuldner 101[27] ff.
Rücklaufsgeschäfte 489 ff.
Rücktrittsrecht von Verträgen wegen Nichterfüllung 170; s. noch u. bedungenes u. gesetzliches Rücktrittsrecht. Einfluß des Rücktritts auf Aufrechnung 301[12]. Annahmeverzug des Gläubigers 153. Rücktritt von Verträgen auf Leistung an Dritte, Frachtgeschäft 227.
— Bedungenes Rücktrittsrecht 197 ff.; besonders für den Fall der Nichterfüllung 198. Verhältniß zum gesetzlichen Rücktrittsrecht 198[7—10]. Rücktrittserklärung 198. Unterschied von Resolutivbedingung 198 ff. Wirkung des Rücktritts 199 ff., 230[5]. Wechselseitige Rückgabe 200[25] ff. Geleistete Dienste 201α. Nicht mehr vorhandene Gegenstände 201β ff. Verschlechterung der Restitutionsobjekte 201[31]. Aufwendungen 201[36].
Zulässigkeit des Rücktritts 202. Nachträgliche Verabredung des Rücktrittsrechts 201[34].
Ausschluß des Rücktritts wegen Unmöglichkeit der Rückgabe durch den Berechtigten 202 ff. Beweis 203[10]. Verarbeitung oder Umbildung der Restitutionsobjekte durch den Rücktrittsberechtigten, seine Vertreter, Gehülfen 203b. Sonstige Verfügung: Aufgabe, Veräußerung, Belastung der Objekte 203 ff. Handlungen der Rechtsnachfolger des Rücktrittsberechtigten 203[15], 204[21] ff. Verschulden in diesen Fällen 204[18]. Beschlagnahme, Zwangsvollstreckung ꝛc. in die Restitutionsobjekte 204[25]. Unwirksamkeit des Rücktritts durch Verzug der Restitution 205a. Provokation des Gegners 205[26]. Durch Aufrechnungserklärung des Gegners 205b. Beweis 205[31]. Bei Rücktritt gegen Reugeld 205c. S. Reugeld.
Erlöschen durch Zeitablauf 205 ff. Untheilbarkeit für mehrere Betheiligte 206.
— Gesetzliches Rücktrittsrecht von gegenseitigen Verträgen wegen Unmöglichkeit der Leistung 182 ff. Wirkung des Rücktritts 182[47 49] ff. Erklärung 182[48]. Rücktritt wegen Verzugs 189. Bei theilweiser Nichterfüllung 130 ff., 186, 189[21] ff. Bei Fixgeschäften 185, 191 ff., 192[17]. Beim Kauf 431[26], 442[23], 447 ff., 449, Abzahlungsgeschäften 501. Von der Schenkung 521 ff., 523, 524 ff., 527; Miethe 540 ff.; vom Rentenvertrage 606[22] ff., 610[16]; vom gewerblichen Lehrvertrage 674, vom Werkvertrag wegen Verspätung 683, vom Verlagsvertrage 726 ff., 731 ff., 735, 736 ff., 739. Von der Gesellschaft 772[21] ff., von gemeinschaftlichen Rechtsverhältnissen 815[102]; von der Versicherung 850[42], 855[26]. Rücktrittsrecht des Hauptschuldners, Geltendmachung durch den Bürgen 878.
Rückversicherung 851d.

S.

Sachbeschädigung 70 ff., unerlaubte 1019 ff., 1082 ff.
Säumniß der Leistung 108 ff., 132 ff. 171 ff.
— der Parteien im Dienstvertrage 652 ff., 658[34], der Herstellung eines bestellten Werkes 682—683, des Bestellers mit Hülfshandlungen 691 ff., 702 ff., des Verfassers 725 ff., resp. des Verlegers 731 ff.
— eines Gesellschafters in Erfüllung seiner Gesellschaftspflichten 771 ff., 773, der Einlösung der Versicherungspolice 844 ff. S. auch Verspätung, Verzug.
Sammeldepot 751.
SC. Vellejanum 868[3].
Schaden 63 ff., 64[5], 71 ff., 72[33]; Arten: negatives Interesse 72 ff., effektiver Schaden und entgangener Gewinn 73 ff. Abzug der Vortheile aus dem schadenbringenden Ereigniß 77 ff.
Schadensersatz 6, 63 ff. Verhältniß zur Zinspflicht 57—58, zur Vertragsstrafe 212[12], 217 ff. Ersatz ideeller und vermögensrechtlicher Schäden 20 ff., 64, 66[3], 70[13]. Schadensersatz im Leistungsverzug 141 ff., im Annahmeverzug 154 ff. Gründe der Schadensersatzpflicht: Kausalzusammenhang 64. Vertragliche Uebernahme 64[10], unerlaubte Handlung 65[13] und sonstige Rechtsereignisse 65[13]. Schadensersatz als accessorischer Inhalt eines anderen Schuldverhältnisses 65[15] ff. Zu vertretendes Verhalten des Schuldners 65, 66. Siehe

auch Unmöglichkeit der Leistung, Verzug.
Schadensersatz, Art des Ersatzes: Wiederherstellung des früheren Zustands 66ff. Verhältniß zum Geldersatz 66[2—5], 70ff. Begriff der Wiederherstellung 67, Fristsetzung für dieselbe 67[6], 70. Folge der Fristsetzung 68b, 69; Angemessenheit der Frist 68a. Mangelndes Bedürfniß der Fristsetzung 68cff. Fristsetzung bei theilweiser Nichterfüllung 69d. Theilweise Wiederherstellung innerhalb der Frist 69ff.e. Neue Frist 70. Beweislast für rechtzeitige Herstellung 70g. — Geldersatz 66, 70ff., 129ff. Prinzipiell nur bei Vermögensschäden 70[12 18], 20ff. Personenverletzung, Sachbeschädigung 71[14]ff., 1075ff., 1082ff. Regelmäßige Bemessung des Geldersatzes 71ff. Interesse 71[17], 72[26], objektiver Sachwerth 72[19], billige Entschädigung 21[18], 70[12], 1029ff., 1045ff., 1074ff., 1078ff. Erfüllungsinteresse, negatives Interesse 72ff.a. Effektiver Schaden, entgangener Gewinn s. Schaden.
— Grenzen der Ersatzpflicht: bei effektivem Schaden und entgangenem Gewinn 73[30]ff., 74[33]ff. Vorhersehbarkeit des Schadens? 74[36]ff. Werthbestimmung von Sachen (kritischer Zeitpunkt) 74ff. Wechselnder Werth der Zwischenzeit 75. Berücksichtigung des Interesses dritter Personen an der Leistung 75ff. Abzug von Vortheilen aus dem schadenbringenden Ereigniß 77ff. Abtretung der Ansprüche wegen Verlusts des Leistungsgegenstandes an den Gläubiger 79ff. Nicht bei bloßer Beschädigung von Sachen 80[74]ff., wohl bei Verlust von Rechten 81. Abzutretende Ansprüche 81ff. Kollision von Kontrakts- und Deliktsschulden 82. Herausgabe doppelten Ersatzes 82ff. Verrechnung 80[68].
— Ersatz von Aufwendungen 83ff. Buße 85ff. S. auch diese Art.
Schadenversicherung 841a, 845ff. Versicherbarer Schaden 846. Schaden dritter Personen 846[9]. Gewinn? 846[2]. Entgangener 847[10]. Versicherungssumme 845[1], Versicherungswerth 847a. Doppelversicherung 847ff. Wettassekuranz, Versicherung fremden Interesses 848. Abtretung der Ansprüche aus der Versicherung 845, 849[81], 852[58]ff.
Schadenversicherung, Vertragsabschluß. Anzeigepflicht 849ff. Besondere Ermittelungen 849[35]. Kenntniß des Versicherers 850[40]. Versicherte Gefahren: eingetretene 850[41—42], künftige 850ff. S. Feuer-, Transport-, Hagel- ꝛc. Versicherung. Rückversicherung 851d. Versicherungsverbote 846[6], 848[19]ff., 850[43 45]. Rücktritt, Ristorno 850[43]. Schuldhafte Herbeiführung der Gefahr durch den Versicherten 851ff. Gefahrvergrößerung, Gefahrveränderung, Veräußerung des versicherten Gegenstandes 852. Unfallsanzeige 852[55]. Abwehrmaßregeln 852[56]. S. auch Versicherung.
Schadenwild 1065ff.
Schadlosbürgschaft 871[27].
Schätzung des Pachtinventars 557ff.; des Gesellschaftseinbringens 775[41]ff.
Schenkung 17ff., 78[64], 503. Schenkungsversprechen 503ff., 504[11]. Realschenkung, Handgeschenk 504. Erlaß in Schenkungsabsicht 310[10]ff. Schenkungszweck 504[6], 507[30]ff. Schuldrechtlicher Charakter der Schenkung 504[7], 505[13—15]. — Schenkung im engeren Sinne 505[17]ff. Erfordernisse: Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers 505ff.α. Nicht blos Gebrauchsüberlassung, Verzicht auf noch nicht endgültigen Erwerb 506[18—20]. Bereicherung des Empfängers 506β. Art des Uebergangs 506ff.; thatsächlich, indirekt 507[27 28]. Unentgeltlichkeit 507[29]ff. Sittliche, Anstands- und remuneratorische Schenkungen 507[34—36], 523. Vertragliche Nebenzwecke 508[37]ff. S. Auflage, negotium mixtum cum donatione. Beweis der Unentgeltlichkeit 509[44]. Einigung der Parteien (Vertragscharakter der Schenkung) 509[45]ff. Form der Schenkung 510ff., des Schenkungsversprechens 511, abstrakter Schuldversprechen, Anerkenntnisse, Wechsel ꝛc. in Schenkungsabsicht 511ff. Annahme der Schenkung, formlose Gültigkeit 509[48—51]. Stillschweigen des Empfängers 510[52—56]. Folgen der Nichtannahme 512,4. Erfüllung des Schenkungsversprechens 512[72]ff. Genehmigung dritter Personen, Schenkungsverbote 512[74].

Schenkung, Verpflichtungen des Schenkers. Uebergabe und Rechtsverschaffung 513. Mehrere Beschenkte 513[4]. Abzüge, Leistungsort, Zeit, Dauer geschenkter Unterstützungen 513[5–7]. Haftung des Schenkers 513[8]. Verzug 514[10–12]. Einrede des Nothbedarfs 514ff. Rechtsgewährleistung 515–516. Gewährleistung für Mängel der verschenkten Sache 517; s. Nothbedarf, Gewährleistung.
— Anfechtung von Schenkungen durch Gläubiger, Vertragserben, Pflichttheilsberechtigte des Gebers 523ff. Rückforderungsrecht des Schenkers wegen Nichterfüllung der Auflage 521ff.; wegen Verarmung 524–526. Abwendungsgründe 525. Tod des Schenkers 526[27]. Verzicht 526[29]. Widerrufsrecht wegen groben Undanks des Beschenkten 526ff. Widerrufserklärung 527[35], 528[47–50]. Ausschlußgründe 527 α–γ. Verzicht 528 δ. Tod des Schenkers 528[43–46]. Mehrere Schenker und Beschenkte 529.
Schiedsgerichte der Unfallversicherung 864[60], der Invaliditätsversicherung 867[87].
Schiffer 645[22], 1054[1].
— Haftung für Effekten 752[1 2].
Schlafwagen, Verlust ꝛc. von Effekten 752[3].
Schmerzengeld 21[16], 1078[48].
Schuld 2. S. Schuldverhältnisse, Verschulden.
Schulden, fremde, Zahlung 99ff., 343ff., 987ff. Persönliche Regreßansprüche und Subrogation 344, 347–349.
Schuldgrund, Ablösung der Verpflichtung vom 168[26]ff., 909ff., 925. Verbotene Schuldgründe 911[19], 917ff., 1000[5], 1001ff.; bei Circulationspapieren 928[9 13], 938[19], 939[30], 946[14], 948[37], 966[55], 967[66], 968[83], 973ff., 1002. Mangel der Form 511ff.
Schuldhaft 259.
Schuldnermehrheit 9ff., 11ff., 368ff., 378ff., 392.
Schuldrecht, allgemeines und spezielles 25, 396ff.
Schuldschein 911ff., 915 α. Ausbleiben der Valuta 917[3]. Nichtiges Grundgeschäft 917ff. Darlehensschuldschein, Hingabe in Erwartung der Valuta 339[31]. Rückgabe, Zerstörung in Erlaßabsicht 310[6]ff.
Schuldverhältnisse, Begriff 1ff., 9ff. Geschichtliche Grundlage 6ff. Unterschied von dinglichen Rechten 3, von Familienrechten 4, 20[15], vom Anspruch 4ff. Zweck der Schuldverhältnisse 5ff. Sch. auf Geben, Thun, Unterlassen, Dulden 2, 5, 19, 32, 38ff. Schuldverhältnisse als Verkehrsobjekte 7, 8, 907ff. Uebertragbarkeit 7, 319ff. Zustandsobligationen 7ff. Subjekte, Mehrheit der subjektiven Beziehungen? 9ff. Schuldverhältnisse mit beschränkter Haftung 13[24]. Unvollkommene Schuldverhältnisse 14ff. Fälle, Wirkungen 15ff. Schuldverhältnisse auf ideale Güter 18ff. Wirkung 20ff. Vertragsstrafe 21[17]. Grundsatz der Billigkeit bei Schuldverhältnissen 21ff. Berücksichtigung von Amtswegen 23[14]ff.
— Entstehungsgründe 6[17], 24ff., 397. Verträge 25. Einseitige Rechtsgeschäfte 26. Gesetzliche Entstehung aus erlaubtem und unerlaubtem Eingriff in fremde Rechtssphäre 26, 27.
— Inhalt der Schuldverhältnisse 27ff. Wandelbarkeit des Inhalts 28, Surrogate und Nebenvortheile des Leistungsgegenstandes 28–32. S. im Uebrigen unter Leistung, Zinsen, Schadensersatz, Gattungsschulden, Wahlschulden. Pflicht vollständiger Erfüllung 99. Erfüllung durch Dritte 100ff. Recht theilweiser Abfindung des Gläubigers 101. Ort und Zeit der Leistung 102, 108; s. Leistungsort, Fälligkeit. Haftung des Schuldners für die Leistung 65, 116, Beweis 120ff. Haftung für gesetzliche Vertreter und Hülfspersonen 117ff. Steigerung im Leistungsverzug 141, Milderung im Annahmeverzug 153. S. Verzug. Folgen der Nichtleistung: Unmöglichkeit 121ff. Verzögerung der Leistung, Rechtshängigkeit 132, Verzug 135ff.
— Schuldverhältnisse aus Verträgen 24ff., 158ff., insbesondere aus gegenseitigen Verträgen 169ff. Einrede des nicht erfüllten Vertrages 171ff. Unmöglichkeit der einen Leistung 177ff., Verzug 186ff., Fixgeschäfte 190ff. Gewährleistung 193ff., und bes. 437ff., 443ff. S. diese Art.
— Erlöschen der Schuldverhältnisse 229ff. Allgemeine 230[3], besondere schuldrechtliche Erlöschungsgründe

230[4] ff. Erfüllung 231 ff., Erfüllungssurrogate 231, 262 ff., Befreiungsgründe des Schuldners 231, 309 ff. S. auch Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Schuldumwandelung, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß, Vereinigung. Contrarius consensus 230[6], Tod eines Betheiligten 230[7], 318. Concursus duarum causarum lucrativarum 231[8]. Wegfall des Interesses? 231[7].

Schuldverhältnisse, Uebertragung der Schuldverhältnisse 319 ff. Gesetzlicher Uebergang und Subrogation 342 ff. Schuldübernahme 349 ff.; s. diese Art.

— Gesammtschuldverhältnisse, Theilschuldverhältnisse 9 ff., 11 ff., 368 ff. Schuldverhältnisse auf untheilbare Leistungen 11, 36[25], 37 ff., 392 ff. S. diese Worte.

— Besondere Schuldverhältnisse 396 ff. Keine geschlossene Zahl 397. Systematik 397[3], 398. Verhältniß zum allgemeinen Schuldrecht 397[5—7]. S. im Uebrigen die einzelnen Schuldtypen.

Schuldübernahme, Begriff 349. Voraussetzung, Freigabe des alten Schuldners 350. Gegensätze: bestärkende Schuldübernahme 350[5] ff., 359 III. Vertrag auf Leistung an Dritte 351[9]. Erfüllungsübernahme 351[10—12], 352[21] ff.

— Befreiende Schuldübernahme: ist keine Sondernachfolge 350[4]. Abstrakter Vertrag 351[13] ff. Verhältniß des Uebernehmers zum alten Schuldner 351[14—16]. a) Vertrag des Uebernehmers mit dem Gläubiger 351 ff. b) Vertrag des Uebernehmers mit dem alten Schuldner unter Genehmigung des Gläubigers 352. Ausbleiben der Zustimmung 352[21] ff., 354[31]. Erklärung, Wirkung, Zeitpunkt der Genehmigung 353. Rechte der Parteien vor Ertheilung der Genehmigung 353[29] ff. Provokation auf die Genehmigung 354[32]. Beweispflicht 354[35]. Wirkung direkter Verständigung des Gläubigers mit dem Uebernehmer 354 ff. Antragsgebundenheit des Uebernehmers 355[38—39]. Weitere Voraussetzungen: einzelnes Schuldverhältniß, Gültigkeit; Verbindung mit Cession 355, 4. Wirkung im Allgemeinen 355[43]. Theilweise Uebernahme 355[44]. Verhältniß des alten zum neuen Schuldner richtet sich nach dem Grunde der Uebernahme 356. Die Schuldübernahme betrifft das Verhältniß des Uebernehmers zum Gläubiger. Einwendungen aus der Wirksamkeit des Uebernahmevertrags 356[2—5], 359[22] ff.; aus den Verhältnissen des alten Schuldners 356[2], 357[6—9], 359[23]. Aufrechnung mit dessen Forderung gegen den Gläubiger 357[10—11]. Rechte des Gläubigers gegen Bürgen nnd dritte Pfandbesitzer 357 ff. Einwilligung der letzteren in die Schuldübernahme 358. Genehmigung? 358[16]. Erneute Sicherheitsbestellung 358[18]. Privilegia exigendi 358 ff. Einwendungen aus der Person des Uebernehmers 359[21] ff. Sicherung des Gläubigers durch Anerkenntniß des Uebernehmers 359[24]. S. noch Hypothekenschulden und Vermögensübernahme.

— Schuldübernahme bei Gesammtschuldverhältnissen 381[25], 389[24].

Schuldumwandelung 268. Verhältniß zur Leistung an Erfüllungsstatt 269[3 4]. Ehemalige und heutige Bedeutung im Rechtsverkehr 269[5]. Schuldumwandelung unter den bisherigen Parteien 269 ff. Zweck 270[6—8]. Gegensätze 270[9—14]. Schuldumwandelung mit Gläubiger- oder Schuldnerwechsel 271.

— Voraussetzungen: ältere Schuld 271a, neue Schuld 272, Kausalverhältniß 272[27] ff., Umwandelungsabsicht (animus novandi) 272[29 31] ff. Wird nicht vermuthet 273. Wirkungen der Umwandelung 273[32] ff. Sicherheiten, Verzugsfolgen der alten Schuld 273[33]. Bei Gesammtschuldverhältnissen 380[15], 388[15].

Schuldversprechen, selbständiges (abstraktes) 906 ff., 909 ff. Geschichte, Zweck 910[8]. Gegenstand 910[9—10]. Form 910[11], 911—912. Beweis des Gläubigers 910[11]. Bedeutung der Angabe des Schuldgrundes im Schuldschein 911[12—13]. Verhältniß zum Schuldgrunde 916 ff. Dessen Vereitelung. Verbotene, unsittliche ꝛc. Schuldgründe 511 ff., 911[19], 917. Beweis 918[15]. Nebeneinanderstehen des ursprünglichen und neuen Rechtstitels 918[17—18].

— in Schenkungsabsicht 511 ff., bei Spielgeschäften und anderen un-

vollkommenen Verbindlichkeiten 16, 17, 832 ff.
Schuldverträge 158 ff., 164 ff., 398 ff.
— mit unmöglichem Leistungsinhalt s. Unmöglichkeit. Verbot gewisser Leistungen 161 ff. Formvorschriften 158[3], 161[3"], 162 ff.; insbesondere für Verträge über Grundstücke 163. Genügende Bestimmtheit der Leistung; bestimmungsberechtigte Partei 164. S. auch Unbestimmtheit.
— Einseitige und gegenseitige Schuldverträge 164 ff.; s. Verträge. Glücksverträge 165 ff. Vorverträge 166 ff. Hauptfälle 167 ff. Verträge auf Rückgabe 168. Abstrakte und kausale Verträge 168 IV.
Seetransport 679 ff.
Seeversicherung 851[46] ff.
Selbsthülfeverkauf 155 ff., 279, 403[39] ff., 404. Erwerb der Sache durch den Schuldner und nachträgliche neue Leistung 404[37].
— Zu Hinterlegungszwecken ist nachträgliche Hinterlegung des Erlöses unerläßlich 279[46]. Hinterlegungsgründe 279[46—47]. Voraussetzungen des Selbsthülfeverkaufs: am Leistungsort in öffentlicher Versteigerung 279 ff. Freihändiger Verkauf 280 α. Androhung an den Gläubiger und Wartefrist 280 β. Nachträgliche Anzeige 280[60] ff. Kosten 281 γ. Rücknahme der Hinterlegung 286[41].
— Verkauf als nützliche Geschäftsführung 279[46].
Selbstverlag 717[6].
Sequester 645[34], 742[5].
Sicherungsverträge 827 ff.
Simulirte Forderung. Abtretung 339. Keine Gläubigeranfechtung 248[3].
Sittlichkeit, Verbrechen 2c. wider 1029[28].
Sittliche Pflichten 17, 20.
Sittlich gebotene und Anstandsschenkungen 17, 507[34] ff., 523.
Societas omnium bonorum 162[31], 769[35].
Solidarität 9 ff., 10 b, 372.
Solidarbürgschaft siehe gesammtschuldnerische Bürgschaft.
Solutionis causa adiectus 236[34].
Solve et repete 907[11], 979[6].
Sondernachfolge in Schuldverhältnisse, s. Uebertragung, Uebergang.
Sparkassenbücher 970[3 4], 972[24], 974[41].
Speditionsgeschäft 679[34].
Spezifikation, Kauf mit 44[32] ff., 146[10], 426[44]; Folge der Unterlassung der Spezifikation 45[34].
Spiel 15 ff., 830 ff.
— Geschichtliches 830[5]. Verbotene, erlaubte und rechtlich indifferente Spiele 832. Mangelnde Einforderbarkeit des Spielgewinns 832 ff. Freiwillige Zahlung, Aufrechnung. Vorherige Deposition 833; Anfechtbarkeit des Spielvertrags 833[27]; Rechtsirrthum 833[25]. Darlehen, Auftrag 2c. zum Spiel 834.
Spruchrichter, Verantwortlichkeit 1038[26] ff.
Staat, Haftung für seine Beamten 1039—1040, 1050[10]. Landesgesetze 1040[45].
Staatsdienst 645[27] ff.
Stahlkammern, Vermiethung von 741[2].
Stallhalter 753[9], 1054[1].
Stellenvermittelung 712 ff.
Stipulatio 910[6] ff.
Streitgegenstand, Erhaltung, Nutzung 133.
Streitverkündigung in Eviktionsprozessen 442.
— als Voraussetzung der Gewährschaftseinrede 475.
— der Viehwährschaft 480.
Strenge des Schuldrechts 22[3], 908 ff.
Stundung, freiwillige 114; erzwungene 115.
— des Kaufpreises 422[12], 426[45].
Subrogation 101[22], 343 ff., 385 ff., 884 ff. Verhältniß zum sonstigen Regreß 344. Die einzelnen Subrogationsfälle 344 ff. Charakter als gesetzliche Sondernachfolge in Forderungsrechte durch Abfindung des Gläubigers 346. Keine Garantie für die Forderung 346 ff. Theilweise Abfindung 346[36]. Vorrang des bisherigen Gläubigers (nemo subrogat contra se) 347. Vorrang auch hinsichtlich der sonstigen Regreßansprüche 347[33] ff. Einwendungen gegen die übergegangene Forderung 348 ff. Aufrechnung 349[40]. Einfluß des persönlichen Rechtsverhältnisses des Abfindenden zum Schuldner 349[41] ff.
Summenversicherung 841 b, 853 ff. Versichertes Ereigniß, Versicherungssumme, Interesse des Versicherungsnehmers 853[6—10]. Versicherung auf Kapital oder Renten 853[3—5]. Wettassekuranz 854[10]. Versicherung fremden Interesses 854; Vertrag zu Gunsten Dritter 854[16] ff. Versiche-

rung der eigenen Person auf den Todesfall 855[21] ff. Abtretung der Ansprüche 855[22].
Summenversicherung, Vertragsschluß. Anzeigepflicht 855[24]. Unanfechtbare Policen 855[25]. Rücktritt (Rückkauf der Police) 855[26]. Arten der Summenversicherung 855 ff. S. Lebens-, Ausfteuer-, Militärdienst-, Kranken-, Unfallversicherung. Schuldhafte Herbeiführung des Ereignisses durch den Versicherten, Selbstmord, Gefahrvergrößerung 856 ff.
Summiffion, Pflicht zur 557[9].
Surrogate und Nebenvortheile des zu leistenden Gegenstandes 28 ff. Schadenserfatz als Surrogat des Schuldgegenstandes 79 ff., 126 ff., 179a. — Surrogate der Gesellschaftseinlagen 781, der ungerechtfertigten Bereicherung 1008.
Surrogationsprinzip 126 ff.
Synallagmatische Verträge f. Verträge (gegenseitige).
Syndikatsklage 1035[2].

T.

Talons f. Erneuerungsscheine.
Tantième 646[25].
Tausch 500.
Telegramme 679[25].
Termingeschäfte 411[49], 838.
Theilbarkeit der Leistung 11 ff., 36[25—27], 37 ff.
— Voraussetzungen 38b, bei Forderungen auf Geben 38[42] ff., Thun und Unterlaffen 39.
— Wirkungen 37[36], 38.
Theilleistungen 37[36] ff., 38[39], 49[28], 99, 101[24].
— Einfluß auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages 173, 176.
Theilnahme an unerlaubten Handlungen 1069c.
Theilpacht 535[49] ff.
Theilschuldverhältniffe 10a, 13[21], 37[36], 369 ff. Eintritt 370a, d, 371[15] ff. Voraussetzungen: Theilbarkeit der Leistung 370 ff. S. Leistung. Mangelnde anderweitige Regelung 369[3] ff., 371[15] ff. Wirkung: Selbständigkeit der Verpflichtungen 369[4], 371a. Einrede des nichterfüllten Vertrages bei Ausbleiben einzelner Raten 371[18]. Gleichheit der Raten 371[19].
Theilung 501[8], 816 ff. Total- und Partialtheilung 816[3], 817[5], 818[14]. Unverjährbarkeit, Unverzichtbarkeit des Theilungsanspruchs 817[6—12]. Gesetzlicher Ausschluß 816[1]. Theilung im Wege der Güte und im Wege Rechtens 818; Wegfall des konstitutiven Theilungsurtheils 818 ff. Natur des Theilungsverfahrens 819 ff. Incidentstreitpunkte 820 ß. Uebereinkunft der Parteien 820 ff. — Theilung in Natur 821, durch Verkauf des gemeinschaftl. Gegenstandes 821 ff., durch Einziehung der Forderungen 822 ff. Schuldentilgung 797 ff., 823 ff. Schuldenausgleichung 825 ff. Gewährleistung für die Theile 826. Irrthümer bei der Theilung 827.
Thiere, Haftung für Beschädigungen durch 1061 ff. Mangelnde Verschuldung, Unzurechnungsfähigkeit des Herrn 1062. Thiergattungen. Einwirkung Dritter auf das Thier 1062. Des Verletzten selbst 1063[10].
— Inhalt der Haftpflicht 1063, 2. Ersatzberechtigter 1063[11]. Ersatzpflichtiger. Halten des Thiers 1062[4, 5], 1063 ff. Verwahrer, Entleiher 1063[13], 1064[16] ff. Haftung von Aufsichtspersonen 1064 II.
— Verhältniß mehrerer Verpflichteter 1068b, 1071[36]. Regreß 1072 ff.
Thun, Recht auf 2, 4, 32; vertretbares 46[5] ff.
Titel 8.
Tod des Gläubigers oder Schuldners 230[7], 318.
— des Miethers 2c. 583, Entleihers 593c, Rentengläubigers 609[9], — des Uebernehmers einer Geschäftsbesorgung resp. des Geschäftsherrn 620 ff., 639 ff., — der Parteien des Dienstvertrages 658[10], 656 II, 665, des Lehrherrn 674[32], des Bestellers eines herzustellenden Werkes 692[26], der Parteien des Verlagsvertrages 725[75] ff., 735 ff., — von Gesellschaftern 791 ff., 800 ff., — des Bürgen resp. Hauptschuldners 875[10], 880[57], 888, s. auch Vereinigung, — der Betheiligten bei der Anweisung 933[11].
Tontinen 609[11].
Totalisator 832[13].
Transportversicherung 851b.
Transportversicherungspolicen 962.
Treu und Glauben. Allgemeines Prinzip bei Schuldverhältniffen 21 ff.; im

Annahmeverzuge 181 [27]; bei der Forderungsabtretung 336 [11] ff.; bei Verfügungsgeschäften (Veräußerungen 2c.) 402 [24] ff.; bei reinen Schuldverpflichtungen (Urkunden, Werthpapieren), die ohne Rücksicht auf den materiellen Schuldinhalt, Schuldgrund eingegangen werden 908 ff.
Trinkgelder 17 [17].
Trödelvertrag 714 ff. Eigenthum der Sache, Verfügungsrecht 715 [11—16]. Verpflichtung des Tröblers 715 [10], 716.
Truckſyſtem, Verbot 670.

U.

Uebergang von Forderungsrechten durch Vertrag, ſ. Uebertragung. Kraft Geſetzes 321 ff., 342 ff. Unterſchied von der Verpflichtung zur Abtretung 321 [14]. Einfacher Forderungsübergang und Subrogation 342, 343 ff. S. daſelbſt. Keine Gewährleiſtungspflicht des alten Gläubigers für die Forderung 342 [4]. Auskunftsertheilung und Herausgabe der Urkunden 342 [3].
Ueberſendung von Waaren 105; von Geld 105 ff.
Uebertragung der Forderungsrechte 7, 319. Entwickelung 319 [2]. Anwendung auf dingliche Anſprüche und ſonſtige Rechte 319 [3]. Einfluß auf Nebenrechte 319 ff. Freiwillige 320a und unfreiwillige Uebertragung: auf Grund gerichtlicher Verfügung (Pfändung, Ueberweiſung) 320 ff., Konkurs, Nachlaßverwaltungsverfahren 321 [12]. Kraft Geſetzes 321 ff. ſ. Uebergang. Uebertragungsakt und Grund der Uebertragung 322. Abſtrakte Natur und Formloſigkeit des Akts 322 [19] ff. Hinfall des Grundes 323 [23] ff. Prüfungspflicht des Schuldners? 323 [28—30]. Prüfung des Ceſſionsakts? 330 ff., 333 [46]. Gründe des zwangsweiſen Uebergangs der Forderung 323 ff.
— Vorausſetzungen der Abtretung 324 ff. Bedinge, betagte, unvollkommene Schuldverhältniſſe; Abtretung der Rechte aus gegenſeitigen Verträgen 324 [3—7]. Unübertragbarkeit eines ganzen zweiſeitigen Rechtsverhältniſſes 325 [8—9]. Desgl. von einzelnen Anſprüchen, deren Inhalt durch die Abtretung eine Veränderung erleidet 325 [10] ff.; der wechſelſeitigen Anſprüche unter Geſellſchaftern 783 [117], der Anſprüche auf Unterhalt, Genugthuung, aus Vorverträgen, Miethe, Pacht, servitus constituenda 325 [10—12], 598. Vereinbarung der Unabtretbarkeit durch Vertrag des Gläubigers und Schuldners 326. Guter Glaube des Erwerbers 326 [13]. Nichterwähnung der Unübertragbarkeit in der Schuldurkunde 327 [20]. Verhältniß des Abtretungsverbots zur Pfändung der Forderung 326a, 327 ff. Unpfändbare und gewiſſe landesrechtlich bezeichnete Forderungen können regelmäßig nicht abgetreten werden 327a, 328b.
Uebertragung, Theilweiſe Abtretung, Abtretung von Nebenrechten ohne das Hauptrecht und umgekehrt 327 [21—27], 335 ff. Abtretung von Geſammtforderungen 390 [29] ff., von untheilbaren Anſprüchen durch einen Mitgläubiger 395 [33—34].
— Vollzug der Abtretung durch Vertrag der alten und neuen Gläubiger. Formloſigkeit 328. Wirkung für andere Gläubiger des Abtretenden 329 [3]. Mehrmalige Abtretung 329 [4]. Verhältniß zum cedirten Schuldner, Schutz des guten Glaubens 329 ff. Fortdauernde Legitimation des Abtretenden gegenüber dem Schuldner 330. Beweispflicht 330 [12] ff. Zerſtörung der Legitimation des Cedenten 331 [23] ff. Kundmachung des Forderungsübergangs durch den Ceſſionar 331 [24] ff. Legitimation des Ceſſionars zur Forderung gegenüber dem Schuldner 331 ff. Aushändigung, Vorlegung einer Abtretungsurkunde des bisherigen Gläubigers 332. Direkte und indirekte (durch den Ceſſionar vermittelte) Anzeige 332 [34—36]. Leiſtungspflicht des cedirten Schuldners an den bezeichneten Ceſſionar 332 ff. Konſtitutive Kraft der Anzeige 333 ff. Rücknahme der Anzeige 334 γ. Fälſchung 334 [46]. Sonderrecht für öffentliche Kaſſen 334 [53] ff.
— Verhältniß des alten zum neuen Gläubiger, richtet ſich nach dem Ceſſionsgrunde 323 [30], 335. Haftung für Beſtand und Güte der Forderung 335 [3—6]. Nebenrechte 335 [5] ff. Garantieverſprechen eines früheren Cedenten, Zinſen, Vertragsſtrafe, Anfechtungsrecht, privilegia exigendi 335 ff. Auskunftspflicht 2c. des Cedenten 336 ff. Ausſtellung öffentlich be-

glaubigter Abtretungsurkunde 337[18]. Rechtsakte des Cedenten mit dem Schuldner (besonders Zahlungsannahme) 336[11] ff.

Uebertragung, Verhältniß des neuen Gläubigers zum Schuldner 337 ff. Einwendungen des Schuldners bis zur Erlangung sicherer Kenntniß von der Abtretung 337[20—21], bis zur Abtretungsanzeige des alten Gläubigers 338[23]. Einwendungen aus der Person des Cedenten 338 ff. Zeitpunkt der Entstehung des Einwands 338[26]. Cessionspreis, Erlaß, Stundung des alten Gläubigers 338[25—26]. Simulirte oder unabtretbare Forderung, die an einen gutgläubigen Erwerber abgetreten ist 339. Aufrechnung mit Gegenforderungen wider den Cedenten 340 ff. Einwendungen aus der Person des Cessionars 341; nicht aus dem Cessionsgrunde 341[46]. Anfechtbarkeit der Abtretung 341[45]. Anerkennung des cedirten Schuldners 341[47].

— Uebertragung kraft Gesetzes s. Uebergang, Subrogation.

Ueberweisung von Forderungen und Schulden s. Delegation.

— Gerichtliche Ueberweisung zur Einziehung und an Zahlungsstatt 320[7] ff. Einfluß auf Nebenrechte 321[9]. Sonstige Wirkungen 321[5 10].

Unbestimmtheit der Leistung 40, 164. Behebung durch Erklärung Dritter 41 ff. Anfechtung der Erklärung 41[5]. Entscheidung nach freiem Belieben und nach Billigkeit 41[12] ff., 42[15]. Korrektur im letzteren Falle 41[16] ff. Vorbehaltene Bestimmung der Leistung durch eine Partei 43. Anfechtbarkeit 43[23]. Bestimmungsberechtigter 43[28] ff., 164. Bestimmung nach freiem Belieben und nach Billigkeit 43 ff., 164. Schranken im ersteren Falle 44[25] ff. Korrektur unbilliger Entscheidung 45 b. S. auch Gattungsschulden, Wahlschulden.

Undank, grober, Schenkungswiderruf 526 ff.

Unerlaubte Handlungen 976 ff., 1011 ff., 1042[1]. Ersatzanspruch wider Thäter, Theilnehmer oder sonst verantwortliche Personen 1012 ff. Verschuldungs-, Verursachungsprinzip 1012[11] ff., 1016, 1042 ff., 1047[3]. Unabhängigkeit der Ersatzpflicht vom Grade des Verschuldens 1013[18], 1074[3]. Prinzip, Thatbestände der unerlaubten Handlungen 1013,3. Geschichtliche Entwickelung 1013[19] ff. System unseres Gesetzes 1014. Sonderrecht 1014,4. Konkurrenz von Delikts- und Kontraktsansprüchen ꝛc. 1014 ff.

Unerlaubte Handlungen, Die Thatbestände: Verletzung der persönlichkeit und subjektiver Rechte 1015 ff. Art des Handelns. Widerrechtlichkeit. Verschulden. Vorhersehbarkeit des Nachtheils? 1016[7—11]. Ersatzberechtigter 1016[6]. Tödtung, Körper- und Gesundheitsverletzung, Freiheitsentziehung ꝛc. 1017, 1018. Verletzung des Eigenthums und anderer Rechte 1019 ff.; s. auch Sachbeschädigung, Entziehung. Verletzung von Dienstbarkeiten, Pfandrecht, dinglichen Aneignungs- und Familienrechten 1019[35—40]; von Namen-, Firmen-, Gewerbe-, Immaterialgüterrechten 1020[41—42]; des Erbrechts, Vermögens 1020[43—44]; von Anwartschafts-, Gegenrechten, Besitz 1020[45—47]; Forderungsrechten und Ansprüchen 1020[48]—1023.

Verstoß gegen Schutznormen 1023 ff. Verschulden, Widerrechtlichkeit 1023[2], 1024[7] ff. Vorhersehbarkeit des Nachtheils? 1024[11]. Ersatzberechtigter 1024[12—18]. Begriff des Schutzgesetzes 1024 ff. Oeffentlichrechtliche Vorschriften im Interesse der Verkehrssicherheit ꝛc. 1026—1027.

Ehrverletzung 1017[16] ff., 1025[22], 1027 ff., 1030 II. Vorsätzliche Beeinträchtigung des Erwerbs und Fortkommens, Kreditgefährdung 1027 ff., fahrlässige 1028 ff. Wahrung berechtigter Interessen 1029[25—27]. Vorhersehbarkeit der Folgen? 1028[14 23]. Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre 1029 ff. Unlauterer Wettbewerb 1030 ff. Verletzung der Amtspflicht 1035 ff. Vorsätzliche unsittliche Schadenstiftung 1040 ff. S. diese Artikel.

— Verantwortlichkeit ohne Verschuldung 1042 ff. Ueberschreitung der Selbsthülfe 1043[10]. Vollstreckung vorläufiger Erkenntnisse und Urtheile 1043 ff. Haftung Unzurechnungsfähiger 1044—1046.

— Verantwortlichkeit für andere Personen und besondere Ereignisse 1047 ff. Für Personen, die zu

einer besonderen Verrichtung bestellt sind 1048 ff. Für Aufsichtsbedürftige 1052 ff. Haftung im Großbetriebe (Haftpflichtgesetz) 1054 ff. S. auch Verantwortlichkeit, Betriebsunfälle. Haftung für Gebäudeeinsturz 2c. 1058, für Beschädigungen durch Thiere 1061 ff. S. Bauwerke, Thiere, Wildschaden.

Unerlaubte Handlungen, Verhältniß mehrerer Verpflichteter 1068, 1071 ff.; bei Theilnahme 1069[8] ff., 1071[24] ff.; bei nicht gemeinsamem Handeln: Herbeiführung des ganzen Schadens durch jeden Betheiligten 1068 a, Herbeiführung des Schadens durch Einzelne 1069[14] ff., 1070 a, Herbeiführung bestimmbarer Schadenstheile 1070 b. Unbestimmbarkeit der Schadensverursachung durch die einzelnen Betheiligten 1069[11] ff., 1071 c. Beweislast 1070[17]. Haftung d. Herrn, Thierhalters, Aufsichtspflichtigen 2c. neben dem eigentlichen Schadensurheber 1068 b. — Verhältniß zur Vertragshaftung dritter Personen 1071 ff. — Ausgleichung (Regreß) in den verschiedenen Fällen 1072 bis 1074.

— Inhalt und Umfang der Ersatzpflicht 1074 ff. Wiederherstellung: Ehrenerklärung, Rehabilitation 1028[11] ff., 1030[41], 1075[12], 1076[24]. Unterlassen der beeinträchtigenden Handlungen 1026[31], 1031[7 10], 1032[20 25] ff., 1034[33 41], 1035[46], 1075[12], 1076[24]. Geldersatz 1075 ff. Voller Ersatz und billige Entschädigung 1074[3] ff., 1029 ff., 1045 ff., 1075[5], 1078 ff. Buße 1075[7—9]. S. auch diesen Artikel. Ersatz bei Personenverletzung 1075 ff. Künftige Nachtheile 1076. Geldrente 1077 ff. Nachträgliche Erhöhung 1077[34]. Ersatz nicht vermögensrechtlicher Schäden 1078 ff. Ansprüche mittelbar Verletzter 1079 ff. Beerdigungskosten, Unterhaltsansprüche der Hinterbliebenen (Geldrente) 1080—1081. Ansprüche gesetzlich Dienstberechtigter 1081 ff. Ersatz bei Entziehung oder Beschädigung von Sachen. Person des Ersatzberechtigten 1082 ff. Befreiung des Pflichtigen durch Leistung an den Besitzer 1083 ff. Inhalt des Anspruchs 1084[106] ff. Zufälliger Untergang, Verschlechterung der Sache 1084 a, Verzinsung der Ersatzsumme 1084 b. Aufwendungen des Verpflichteten 1085 c.

Unerlaubte Handlungen, Ersatzpflicht Unzurechnungsfähiger 1045 ff., 1075[5]. Bei konkurrirender Verursachung des Schadens durch den Verletzten 1074 ff., 1080[67].

— Verjährung der Ersatzansprüche 1085 ff. Bereicherungsanspruch und Einrede nach Vollendung der Verjährung 1087,2 u. 3.

Unerlaubtheit der Leistung 36,2, 161. Bedingtes, betagtes Versprechen 161[26—28]; s. auch Unmöglichkeit.

Unfallverhütungsvorschriften 863[51].

Unfallversicherung 669[29], 856 c, 857 ff., 861[30], 861 ff. Versicherer und Versicherte. Aufbringung der Beiträge 862. Betriebsunfälle 863. Versicherungsleistungen 863 ff. Feststellung der Beträge 864[60] ff. Rückgriff gegen den Betriebsunternehmer und gegen dritte verantwortliche Personen 864[62—64]. S. auch Arbeiterversicherung.

Ungewißheit über die Person des Gläubigers 278.

Ungerechtfertigte Bereicherung s. Bereicherung.

Unmöglichkeit der Leistung 33 ff., 36[21]; ursprüngliche 33[5 7—9], 159 ff.; nachfolgende 33[6], 121 ff., 177 ff.; absolute und relative 34[10]; physische und juristische 34[11]; vorübergehende 34[12], 124; objektive Unmöglichkeit und Unvermögen 34 b, 35, 122, 123, 160; theilweise Unmöglichkeit 35 c, 36.

— Folgen der Unmöglichkeit bei Gattungsschulden 50 ff., 51[24]; bei Wahlschulden 96 ff., theilweise Unmöglichkeit 98[61].

— Wirkungen der ursprünglichen Unmöglichkeit bei Schuldverträgen 159 ff. Bedingtes, betagtes Versprechen 159[10—12]. Garantie für die Leistung 159[13]. Negatives Vertragsinteresse 160; bei theilweiser Unmöglichkeit 160[19] ff. Unvermögen des Schuldners 160. Theilweise Unmöglichkeit einer Leistung bei gegenseitigen Verträgen 169[7]. Einfluß auf Vertragsstrafe 213.

— Wirkungen nachträglicher Unmöglichkeit 121 ff. Besonders bei zufälliger 122, vom Schuldner zu vertretender 123 ff., vorübergehender und theilweiser Unmöglichkeit 124 ff. Interessefolgigkeit des Gläu-

bigers an Lieferung des Restes 125. Rückgabe des etwa schon Empfangenen 125 ff. Anspruch des Gläubigers auf die Restleistung 126; auf Surrogate des untergegangenen Schuldgegenstandes 126 ff. Begriff der Surrogate 127. Fixgeschäfte, Ablehnung der Leistung nach dem Stichtag 112, 128. Ablehnung der Leistung zu deren Bewirkung der Schuldner rechtskräftig verurtheilt ist 129 ff. Fristbestimmung 130. Folgen der Fristversäumniß 131 ff. Theilleistung 132. Unmöglichkeit der Leistung im Verzug des Schuldners 142 ff., Unmöglichkeit aus Gründen, die in der Person des Gläubigers liegen 149[32].

Folgen der nachträglichen Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen 177. Wenn der Grund von keiner Partei zu vertreten ist 178 ff. Theilweise Unmöglichkeit 178[10]. Untheilbarkeit der Gegenleistung 178[12]. Mengekauf 178[14]. Beweis 178[7] ff., 179[16]. Lieferung der Surrogate 179a. Rückforderung der bereits gemachten Gegenleistung 179b. — Unmöglichkeit der Leistung, die auf einem vom Gegner des Leistungspflichtigen zu vertretenden Umstande beruht 179 ff. Unmöglichkeit im Annahmeverzuge 180. Abrechnung der Vortheile des Befreiten von der Gegenleistung 180 ff. — Eintritt der Unmöglichkeit durch einen vom Leistungspflichtigen selbst zu vertretenden Umstand: a) Recht des Gegners auf Schadensersatz 181 ff. Bei theilweiser Unmöglichkeit 181[43] ff. b) Rücktrittsrecht vom Vertrage 182. Bei theilweiser Unmöglichkeit 182 ff. c) Geltendmachung der Rechte wie bei zufälliger Unmöglichkeit 183. Bei theilweiser Unmöglichkeit 183[56]. Anspruch auf die Surrogate 183[57]. Wahlrecht zwischen den Befugnissen a—c 183 ff. Erklärung 183[59], Vollzug der Wahl 184. Provokation des Gegners zur Vornahme der Wahl 184 ff.

Unmöglichkeit der Leistung, Einzelnes: Fixgeschäfte 185, 192 ff. Fruchtloser Ablauf der dem Gegner in der Zwangsvollstreckung gesetzten Frist zur Nachholung der Leistung 185 ff. Besonderheiten, wenn die Frist ohne Verschulden des Gegners verstrichen ist 186. — Rechtsgewährleistung 195[16]. — Unmöglichkeit der Rückgabe des Empfangenen nach Ausübung des Rücktrittsrechts von einem Vertrage 200[27] ff., 201. Ausschluß des Rücktrittsrechts wegen Unmöglichkeit der Rückgabe 202 ff. — Einfluß der Unmöglichkeit auf Vertragsstrafe 213[30] ff. — Gesammtschuldverhältnisse 380[19], 382[31] ff., 389. Schuldverhältnisse auf untheilbare Leistungen 392[2], 393[8]. Unmöglichkeit der Auflage bei Schenkungen 520 ff., der Gewährung des Gebrauchs bei Miethe und Pacht 538 ff., 541 ff., 563 ff., 581, der Rückgabe der Miethsache 550[37]. U. vertraglicher Dienstleistungen 652, 653 ff., 658, 665[39], der Herstellung bestellter Werke 696 ff., 704, 705 ff., der Ausarbeitung eines in Verlag gegebenen Werks 725 ff., der Vervielfältigung durch Untergang der Handschrift 734 ff. Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszwecks 771 ff., 791, 794, der Beitragsleistungen der einzelnen Gesellschafter 774, 775[43 45], 794[25]; der Hauptleistung durch Verschulden des Bürgen 887 ff.

Unpfändbarkeit von Vermögensgegenständen 260.

Unsittliche Schadenstiftung, vorsätzliche 1040 ff. Art der Handlung, Ersatzberechtigter 1040[2] ff., 1041[5—8]. Unsittlichkeit 1041,2. Bei gerichtlichem Zuspruch von Rechten 1042[15—16]. Umfang des Vorsatzes 1042,3.

Untergang der Leistung 33, 121 ff., 170—171, 177 ff. S. auch Unmöglichkeit, Gefahrtragung. Rücktrittsrecht bei Untergang der Restitutionsobjekte 201, 202 ff. Untergang der Kaufsache 414. Wandelung bei Untergang der Kaufsache 465 ff. Kauf auf Probe desgl. 486[6]. Wiederkauf 491[30] ff. Untergang der Miethsache 538 ff., 550[37], 581[6], mitgepachteter Inventarstücke 556[4], 557[8 12] ff.; der Fabrik: Einfluß auf die Dienstverträge 653[11], 658. Untergang eines herzustellenden Werkes 696 ff., des Stoffes zu demselben 695, 704, 705, 706, der Waare im Trödelvertrage 715, des abgelieferten ꝛc. Werkes im Verlagsvertrage 734 ff., des Gesellschaftseinbringens 774 ff., der durch Delikt entzogenen Sache 1084a.

Unterhaltsansprüche, Natur 4. Aufrechnungsverbot 297 [40]. Abtretbarkeit 325 [10]. Entziehung durch Tödtung
Untergesellschaft 783 ff. [1081.
Unterlassen 2, 32.
— Recht auf Unterlassen der unerlaubten, schädigenden Handlung 1026 [31], 1031 [7 10], 1032 [20 25] ff., 1034 [33 41], 1035 [46], 1075 [12].
Untermiethe s. Miethe.
Unterschlagung s. Diebstahl. Aufrechnung der Ansprüche? 298 [43] ff.
Untheilbare Leistung, Schuldverhältnisse auf 392 ff. Mehrere Schuldner haften als Gesammtschuldner 392. S. Gesammtschulden. Folge für Schadensersatz 2c. 392 [2 5]. Mehrere Gläubiger 392 ff. Schadensersatz 393 [6]. Leistung an alle Gläubiger zusammen 393. Gemeinschaft der Gläubiger 393 [12]. Nichtannahme durch einzelne Gläubiger 393 [16] ff. Annahmeverzug 394 [23—24]. Sonstige Hinterlegung des Schuldobjekts 394 [17—20]. Gesammtwirkende und andere Thatsachen 394 ff. Leistung an Erfüllungsstatt, Erlaß, Verjährung, Vereinigung, Kündigung, Mahnung, rechtskräftiges Urtheil 395. Verhältniß der Gläubiger untereinander 393 [12 14], 395 [28] ff. Abtretung der Rechte eines Gläubigers 395 [33—34].
Unvermögen des Schuldners zur Leistung 34, 35, 122, 123, 160; s. Unmöglichkeit, Zahlungsmittel.
Unvollkommene Schuldverhältnisse 14 ff. Abtretung 324 [5]. Aufrechnung 296.
— Unvollkommene zweiseitige Verträge 165 [2].
— Unvollkommene Gesammtschuldverhältnisse 375 ff.
Unzurechnungsfähige, Haftung für Beschädigung 2c. 1044—1046. Intellektueller Urheber 1046 [38]. Delikt des Aufsichtspflichtigen 1046 [39] ff.
Urkunden über die Forderung. Anspruch auf Herausgabe bei Uebertragung 336 ff., 321 [10 14] ff., 342 [3].
Urkundenfälschung 1025 [23].
Urtheil, vertragsmäßige Abänderung durch die Parteien 896 [5].
— freiwilliges 901 [39—42].

V.

Veräußerung 193 [1].
Veräußerungsgeschäfte 193 [1], 398 [1], 401.
Veräußerungsverbot, vertragliches von Forderungsrechten 2c. 326.
Verantwortlichkeit 1012 ff., 1042 [1].
— für andere Personen: in bestehenden Verbindlichkeiten 117 ff.;
— aus unerlaubten Handlungen 1048 ff.
Haftung für Personen, die zu einer bestimmten Verrichtung bestellt sind 1049 ff. Nicht bei Unabhängigkeit von den Weisungen des Herrn 1050. Haftungsgrenze. Widerrechtliche Schadenzufügung in Ausführung der übertragenen Verrichtung 1051. Ausschluß der Ersatzpflicht 1051 ff. Haftung der Mittelspersonen (Werkführer, Betriebsleiter) 1052, 3.
Haftung für Aufsichtsbedürftige 1052 ff. Ausschluß der Ersatzpflicht 1053. Haftung angenommener Aufsichtspersonen 1053 ff.
Haftung im Großbetriebe 1054 ff. S. Betriebsunfälle.
— Verhältniß der mehreren Verpflichteten 1068 b, 1071 [26] ff. Regreß 1072 ff.
Verarbeitung, Vermögensausgleich 981, 998.
Verbindlichkeit 2 [3]. S. Schuld, Schuldverhältnisse.
Verbindung, Vermögensausgleich 981, 998.
Vereine des Versicherungsrechts 839 ff., 842 ff. Der Gegenseitigkeitsversicherung 843 ff. Der Arbeiterversicherung 860, 862 ff.
Vereinigung von Schuld- und Gläubigerrecht (confusio) 8 [31], 316. Vorübergehende 317 [5] ff. Definitive 317 ff. Einfluß auf Nebenrechte 317 [9], auf Rechte an der Forderung 317 [10—13], auf das Hauptrecht 318 [14], auf Gesammtschuldner 2c. 318 [15], 382 [34], 389 [17]; auf Verpflichtungen zu untheilbaren Leistungen 395 [27].
— von Haupt- und Bürgschaftsschuld 888. Erlöschen der Hauptschuld durch Vereinigung 880 [57], 887 ff.
— Ausschluß bei Vermögensübernahme 368 [34].
Verfügung Nichtberechtigter, Vermögensausgleich 981, 995 ff.
Verfügungsgeschäfte 398, 399 [8].
Verführung von Frauenspersonen 1029 [39] ff.
Vergleich 501 [7], 895 ff. Zweck, Abgrenzung von anderen Verträgen 896. Obligatorischer Charakter 897 [11—14].

Erforderniſſe: Ungewißheit der verglichenen Rechte 896 ff. Nachträgliches Auffinden von Urkunden ꝛc. 897[8], 904 ff. Zweck der Streiterledigung 897. Art der verglichenen Rechte und übernommenen Leiſtungen 897 ff., 912 b, 915[26]. Verfügungsbefugniß der Kontrahenten 898—899. Nichtige Grundgeſchäfte 899[29]. Vergleich über Delikte und Deliktsfolgen 898[19] ff. Alimente 898[16] ꝛc. Gegenſeitiges Nachgeben der Parteien 899 ff. Nichterfüllung 898[20], 900[38], 904. Form des Vergleichs 900 ff. Urtheilsform 901[39—42]. Vergleich im Prozeſſe 901[43] ff., vor dem Schiedsmann 902.

Vergleich, Wirkungen: Verfügung, Zuwendung, Gewährleiſtung 902, 904. Datum der verglichenen Rechte 902[2], 903[12]. Wirkung für dritte Perſonen, Bürgen, Pfandſchuldner 903[7] ff. Beſchränkung auf die Vergleichspunkte 903[13]. Streit über den Vergleichsinhalt, Mißverſtändniß. Geſchäftsirrthum und andere Irrthümer 904 ff. Unwirkſamkeit des Vergleichs 905.

— bei Geſammtſchuldverhältniſſen 381[34], 389[23].

— über Spielgeſchäfte 833[20].

Verhalten, zu vertretendes 66, 116, 120 ff. 123 ff.; ſ. Verſchulden.

Verjährung der Forderung 16 ff.; bei Geſammtſchuldnern 382[33], 390[27], Regreß 384[49]; Schulden auf untheilbare Leiſtungen 395[26]; Aufrechnung 301[12].

Verkauf ſ. Kauf. — Gemeinſchaftlicher Gegenſtände bei der Theilung 821 ff.

Verkehrsrecht 5.

Verkehrsſitte 23.

Verlagsrecht 718, 720 ff., 727 ff. Kollidirende Verlagsverträge 726[34]; Abtretung an einen anderen Verleger 722 ff.; im Konkurſe 738 ff.

Verlagsvertrag 716 ff. Parteien 716[3]. Art der Verbreitung. Vergütung. Gegenſeitigkeit der Verpflichtungen 717, 732. Vertragsinhalt im Allgemeinen. Verlagsrecht (ſ. o.), Wirkung gegen Dritte 718, 720 ff. Verfügungsbeſchränkung des Verfaſſers nach Abſchluß des Vertrages. Auflage 719. Zuſchuß-, Frei- und Erſatzexemplare 719[22 24], 732 ff. Beiträge zu Sammelwerken 719[25], Ueberſetzung, Umgeſtaltung der dramatiſchen in epiſche Form ꝛc., Bearbeitung von Tonſtücken, Ausgabe der geſammelten Werke 719—720. — Veräußerung des Urheberrechts durch den Verfaſſer 721[39], der Rechte des Verlegers 722 ff. Einſchränkungen 723. Haftung des urſprünglichen Verlegers und des Subſtituten 724 ff. Veräußerung im Konkurſe des Verlegers 738 ff.

Verlagsvertrag, Verpflichtungen des Verfaſſers. Ablieferung des Werks 725 ff. Verſpätung 726—727. Verſchaffung des Verlagsrechts 727. Gewährleiſtung des Verfaſſers für das Verlagsrecht 721[38]. Störung des Verlegers durch rechtmäßige 721[40—42], durch unbefugte Handlung Dritter 721 ff. Störung durch Handlungen des Verfaſſers 722[46]. Anderweitige Verfaſſung eines ähnlichen Werks 728[105—106]. Vertrag über Werke, an denen kein Urheberrecht beſteht 728[107] ff. Aenderungen am abgelieferten Werke 729, einer neuen Auflage, wenn der Vertrag ſich auf mehrere Auflagen erſtreckt 729 ff.

— Pflichten des Verlegers. Vervielfältigung 730. Verbreitung, Beſtimmung des Ladenpreiſes 731. Einzelwerke und Geſammtausgaben 720[29 30]. Rechte des Verfaſſers bei Nichterfüllung 731 ff. Honorar, Freiexemplare, Manuſkript 732 ff. Veranſtaltung neuer Auflagen 733 ff.

— Beſonderheiten für Beiträge zu Zeitungen und anderen periodiſchen Sammelwerken 740 ff.

— Endigung des Vertrags 733 ff. Zeitablauf, Erſchöpfung der Auflage 734 a, Untergang des Werkes nach der Ablieferung ꝛc. 734 ff. Tod des Verfaſſers 735 ff. Einſeitiger Rücktritt, Kündigung durch den Verfaſſer 736 ff., den Verleger 737 ff., durch beide Parteien wegen Nichterfüllung des Gegners 726 ff., 731 ff., 738 e. Konkurs des Verfaſſers 721[40], des Verlegers 738 ff. — Theilweiſe Aufrechterhaltung des Vertrages 739.

Vermögen, Verbot der Abtretung des zukünftigen Vermögens 161 ff. Formvorſchrift für Verträge über das gegenwärtige Vermögen 162; Schenkung des ganzen 506[24], Geſellſchaft des gegenwärtigen, künftigen Vermögens 162[31], 769. Un-

erlaubte Vermögensbeschädigung 1020[44], 1025ff., 1040. — Abtretung zu Gunsten Dritter 225[10].
Vermögensabtretung zwangsweise 260[4].
Vermögensexekution s. Zwangsvollstreckung.
Vermögensübernahme 364ff. Einfluß auf die Schulden 364[5]. Eigentliche Schuldübernahme 365[7 15]. Bestärkende Schuldübernahme 365[9]. Gesetzlicher Eintritt 365[10—18]. Voraussetzung: Uebernahmevertrag 365[14]. Ungültigkeit 366[17]. Existenz der Schuld, Fälligkeit zur Zeit des Uebernahmevertrages 366,2. Einwendungen des Uebernehmers 366[18]ff. Beschränkte Haftung 366ff. Geltendmachung 366[22]. Vorbehalt im Urtheil 367[25]. Herausgabe des Vermögens 367[27]ff. Rangordnung der Gläubiger 367[29]. Schadensersatz des Uebernehmers 367[30—33]. Keine Vereinigung durch confusio 368. Besondere Fälle: s. Erbschaftskauf, Uebernahme eines Handelsgeschäfts. Verhältniß des Uebernehmers zum Veräußerer 368[36]ff.
Vermögensverfall 242ff. Folgen bei gegenseitigen Verträgen 175[28]ff., beim Darlehensversprechen 597[29]ff., Kreditauftrag 892[19]ff. Sicherung des Gläubigers 175ff.
Vermögenswerth der Leistung 18.
Verpflichtung, reine 905ff. Handelbarkeit derselben 907ff. Farblosigkeit, Prinzip der Formelstrenge 908, 909.
Verpflichtungswille 20[18].
Verschaffung des versprochenen Rechts 193ff., 401[16], 432ff. Unvermögen bedeutet Nichterfüllung des Schuldverhältnisses 194, 195[15]ff., 437ff. Inhalt der Gewährleistungspflicht bei entgeltlichen und unentgeltlichen Uebertragungsgeschäften 194ff.
Verschulden 65ff., 116, 1012, 1042ff. Haftung des Schuldners für leichtes, grobes, für V. wie in eigenen Angelegenheiten 116. Beweis 120ff. Haftung des Schuldners für seine gesetzlichen Vertreter und Hülfspersonen bei der Leistung 117ff.; in Ausführung des Schuldverhältnisses 118, 119. Mögliche Haftung des Herrn bei mangelndem Verschulden des Substituten 119[31]ff. Ausschluß der Haftung 117[10].
Verschulden eines Gesammtschuldners 381ff. — gegenüber einem Gesammtgläubiger 390[27]; — bei Schuldverhältnissen auf untheilbare Leistungen 395[27].
— bei unerlaubten Handlungen 1012[11]ff., 1016, 1042ff. Vorstellung der Rechtswidrigkeit, Rechtsirrthum 1043.
Versendung von Waaren 105, 430; von Geld 105ff.
Versicherung 29[4], 78[62], 81[85 89], 828[7], 829ff., 838ff. Geschichte 839[9]. Uebernahme durch öffentliche und private Anstalten 839ff. Konzession 840. Aufsicht, Kontrolle 840ff. — Versicherungsvertrag: Landesrecht. Versicherungsbedingungen 840[19], 841[24—29]. Arten der Versicherung 841ff.; s. Schadenversicherung, Summenversicherung ꝛc. Versicherung gegen Prämie 842, auf Gegenseitigkeit 842ff. Vereine der letzteren Gattung 843ff. Vertragsabschluß 844. Versicherungspolice 844ff. Säumniß der Aushändigung 844[54—56]. Versicherungssumme, Versicherungswerth 845[1], 847a, 853. Doppelversicherung 847ff., 853[7]. Ueberversicherung 847[11], 853[7]. Wettassekuranz 848[19]. Versicherungsvertrag zu Gunsten Dritter 848[25]ff., 854[16]ff. Abtretung der Rechte aus der Versicherung 845, 849[31], 852[56]ff., 855[23]. Vertragsschluß, Anzeigepflicht 849ff., 855[25]. Herbeiführung des versicherten Ereignisses durch den Versicherten selbst 851ff., 856ff. Nichterlöschen der Versicherung bei Annahmeverzug des Versicherers 153, 844[55].
— Regreß zwischen mehreren Versicherern und gegen den Urheber des schadenstiftenden Ereignisses 376[52], 1072ff., 1073ff.
— zu Gunsten Dritter 221[8], 225[7], 854[16]ff.
Versicherungsanstalten der Invaliditätsversicherung 865[66]ff.
Versionsanspruch 978[3], 997ff.
Verspätung der Leistung 108, 121[1], 132ff., s. auch Säumniß, Fälligkeit, Verzug, Rechtshängigkeit, Fixgeschäfte, Rücktritt.
Versteigerung, öffentliche, zu Hinterlegungszwecken 279ff.
Verträge s. auch Schuldverträge: als Entstehungsgrund von Schuldverhältnissen 24a, 158ff., 397. Ver-

tragsformulare 22⁵, 411⁴⁸, 535 ff., 647.
Verträge, Benannte u. unbenannte Verträge 25, 397. Verträge mit unmöglichem oder unerlaubtem Leistungsinhalt 159 ff. 161 ff.; s. Unmöglichkeit. Formelle u. formlose Verträge 158⁵, 161³⁰, 162 ff. Verträge über Grundstücke 163. Einseitige und gegenseitige Verträge 164 ff. Unvollkommen zweiseitige 165². Glücksverträge 165 ff. Vorverträge 166 ff. Hauptfälle der letzteren 167 ff. Verträge auf Rückgabe 168. Abstrakte und kausale Verträge 168 IV.
— Gegenseitige Verträge. Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung bei Entstehung des Schuldverhältnisses 169. Insbesondere bei theilweiser Unmöglichkeit einer Leistung 169⁷. Abhängigkeit hinsichtlich der Erfüllung 170 ff. Erfüllungsort 107⁴¹ ff. Fälligkeit der Leistungen 109⁷, Einrede des nichterfüllten Vertrages 171 ff.; s. daselbst. Rechte des Gläubigers bei eintretender Unmöglichkeit der Gegenleistung 177 ff. S. Unmöglichkeit. Folgen der Abtretung der einen Forderung 324⁷.
Verträge auf Leistung an Dritte 220 ff. Wer ist Dritter? 221. Gläubigerrecht des Stipulanten 221 a, 222, 224¹⁹, 227³¹ ff., 228²⁸ ff., 229³⁷. Rechte des Dritten: Möglichkeit im heutigen Recht 223. Konstruktion 223¹⁷, 224. Auslegung des Vertrags in dieser Hinsicht 224 ff. Vertragszweck, Interesse des Dritten 225. Bezeichnung des Dritten 225⁸. Gesetzliche Auslegungsregeln für Verträge mit selbständiger Berechtigung des Dritten 225 ff. Gegentheilige Vermuthungen 226¹⁴ ff. Vermuthungen für den Zeitpunkt des Rechtserwerbs des Dritten 226 ff. Regelmäßiger Zeitpunkt des Erwerbs 227²⁰.
— Recht der Abänderung des Vertrags durch die Parteien? 227²¹ ff.
— Recht des Dritten unabhängig von Annahme 224¹⁹. Zurückweisungsrecht des Dritten 228. Erklärung der Zurückweisung 228²⁶ ²⁸. Folge 228²⁵ ²⁷ ff. Für die Parteien 228²⁸ ff. Selbständigkeit der Rechte des Dritten. Folge für Schadensersatz 228³¹. Einwendungen aus dem Vertrage und aus den Beziehungen zum Schuldner 228 ff. Anfechtung 229³⁵. Aufrechnung 228³³. Unmöglichkeit der Leistung, Bedingung, Einrede des nichterfüllten Vertrages 229³⁴. Klagerecht des Versprechensempfängers? 229³⁷.
Verträge auf Leistung durch Dritte 221¹, 222⁶. Haftung des Versprechenden? 222⁷ ff. Des Dritten? 223¹¹.
Verträge zu Gunsten und zu Lasten Dritter s. Verträge auf Leistung an und durch Dritte.
Vertragsformulare 25⁵, 411⁴³, 535 ff., 647.
Vertragsstrafe, Begriff 210. Zweck 211⁵, 212¹¹. Bedingtes Versprechen 211⁵. Accessorisches Versprechen 211⁶⁻⁷. Insbes. bei unvollkommenen 212, unmöglichen 213, einredebehafteten, erloschenen oder sonst mangelhaften z. B. verbotenen Schuldverhältnissen 214. Bei Annahmeverzug des Gläubigers 153; bei Vorverträgen über formbedürftige Geschäfte 167²¹; bei Abtretung der versicherten Forderung 336⁸.
— Gegenstand des Versprechens 211⁸. Leistung an Dritte? 212¹⁰. Verhältniß zur Interesseforderung wegen Nichterfüllung 212¹³ ff., 217 ff.
— Verfall der Strafe bei Verzug 216. Ausnahmen 216 ff., 213. Beweis des Verfalls 217⁴⁷ ff. Anrechnung auf den Schadensersatz? 217 ff. Wahlrecht bei Strafen, die nicht in Geld bestehen 218⁵⁴. Wahlrecht zwischen Schadensersatz und Strafe für Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit 218 ff. Rechte des Gläubigers, wenn die Strafe für nicht gehörige, besonders nicht rechtzeitige Erfüllung der Hauptverbindung bedungen ist 219 ff. Nach Annahme der Hauptleistung? 220.
— Richterliches Ermäßigungsrecht übermäßig hoher Vertragsstrafen 215 ff. Gilt auch für selbständige Strafversprechen 211⁶, 215³⁴.
Verunstaltung, Ersatz für 1078⁴⁶.
Verwahrer, gerichtlich bestellte 744²⁵.
Verwahrung. Begriff des Vertrages 741. Betrifft bewegliche Sachen. Unterschied von anderen Verträgen 742. Vertrag auf Rückgabe 742¹³. Vorvertrag auf Uebernahme 743 ¹³ ff. Interesse des Deponenten; Vergütung; Haftung des Verwahrers 743. Eigenthum der hinterlegten Sachen. In-

dividuelle und offene Verwahrung 743 ff. S. diesen Artikel. Verwahrungsverträge des besonderen Rechts 744[24—25]. S. noch Sammeldepot. Zeitdauer der Verwahrung 744 ff.
Verwahrung. Pflichten des Verwahrers. Persönliche Aufbewahrung. Haftung für Substituten und Gehülfen 745. Gebrauch, Verwendung im eigenen Nutzen 745 ff.[13—14]. Rückgabepflicht 746 ff., an Dritte 746[16]. Wie, wenn ein Dritter Eigenthümer ist bezw. als solcher die Sache herausfordert? 747[24 25]. Verwendungen, Nutzungen 746[20], 747[26 30] ff. Gegenverpflichtungen des Hinterlegers 747 ff. Insbes. bei Schäden aus der Beschaffenheit der Sache 747[32] ff.
— Aufrechnung der Ansprüche aus Verwahrung 298[45].
Verwahrung, offene 748 ff. Ist kein Darlehen 594[6], 748[1]. Umwandelung der gewöhnlichen Verwahrung in offene 749[3—10]. Indirekte und verlangte besondere Verabredung 749 ff. Folgen des offenen Depots 750.
Verwalter (Güterverwalter) 645[24].
Verwaltung 741 ff.
Verwaltungsbehörde, Vorentscheidung 16[9], 1038[27].
Verweigerung, Verzögerung der Rechtsprechung 1038[28].
Verwendung s. Aufwendungen, Versionsanspruch.
Verwirkungsklausel 112[31], 197[5], 502[12] ff.
Verzeihung 527.
Verzicht 310[3] ff.
Verzinsung s. Zinsen.
Verzug des Gläubigers 144 ff. Regelmäßig keine Verpflichtung zur Annahme der Leistung 144—146. Voraussetzungen: Objektive Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger 147. Mangelnde Verfügungsbefugniß über die Forderung, mangelnde Fälligkeit der Schuld. Vorübergehende Hinderungsgründe der Annahme 148. Leistungsbereitschaft des Schuldners 149. Unmöglichkeit der Leistung aus Gründen, die in der Person des Gläubigers liegen 149[32]. Umfang der Leistungsbereitschaft 149[33]. Realangebot 150. Wörtliches Angebot 150 ff. Erklärung 151[44] ff. Entbehrlichkeit jeglichen Angebots 151b. Ausbleiben des Gläubigers mit Gegenleistungen 151 ff., Ziff. 4. Unmöglichkeit des Angebots 152.
Verzug des Gläubigers bei Leistung eines Dritten 100[13].
— des wahlberechtigten Gläubigers 94[35], 95.
— Wirkungen 152 ff. Wegfall der Nachtheile der Nichterfüllung 153. Verminderung der Haftung des Schuldners 153 ff. Gefahrtragung 154. Beschränkung des Umfangs der Leistungspflicht betr. Zinsen, Nutzungen 154. Ersatz der Mehraufwendungen des Schuldners 154 ff. Befreiung des Schuldners von der Leistung: durch Preisgabe der Immobilien 155, durch Hinterlegung resp. Selbsthülfeverkauf von Mobilien 155 ff., 273 ff., 278, 279 ff.; s. Hinterlegung. Einzelheiten. Einrede des nichterfüllten Vertrages 175c und 4a. Eintretende Unmöglichkeit der einen Leistung bei gegenseitigen Verträgen 180 ff. Bei Fixgeschäften 192[14]. Gesammtschuldverhältnisse 381[26], 389[25]. Schuldverhältnisse auf untheilbare Leistungen 392, 394[21] ff.
— Ende des Gläubigerverzugs 156, 157; durch Hinausschiebung der Leistungszeit oder Aufhebung der Verpflichtung 157[17]. Herbeiführung des Schuldnerverzugs 157, 158[21].
Verzug des Schuldners 135 ff. Voraussetzungen: Fälligkeit der Forderung, Verschulden hinsichtlich der Nichterfüllung 135 ff. Besonders bei Gattungsschulden, Streit über die Forderung 136, Nichtannahme des Gläubigers 137[15]. Mahnung und deren Surrogate 137 ff. Entbehrlichkeit der Mahnung 139 ff. Leistungsverzug durch Nichtannahme der geschuldeten Leistung 146, 147.
— Wirkungen 140 ff. Nachholung der Leistung, Verzugszinsen, Schadensersatz 141. Steigerung der Haftung des Schuldners 141 ff. Zufällige Unmöglichkeit der Leistung 142 ff. Höhe des Schadensersatzes in diesem Falle, wenn der Werth des Leistungsgegenstandes gewechselt hat 143. Schadensersatz für Sinken der Preise bei nachträgl. Lieferung 143 ff. Interesselosigkeit des Gegenstandes für den Gläubiger in diesem Augenblicke 144. Folgen für das Wahlrecht des Schuldners bei der Wahlschuld 93, 95.
— Folgen des Leistungsverzugs bei gegenseitigen Verträgen 186 ff.

a) Recht des nichtsäumigen Theils auf Erfüllung und Schadensersatz 188a. Bestimmung einer Präkluſivfrist zur Erfüllung mit dem Recht, nach fruchtlosem Ablauf der Frist b) Schadensersatz statt der Erfüllung zu verlangen 188[14], oder c) vom Vertrage zurückzutreten 189[15]ff.

Theilweise Erfüllung innerhalb der Frist 189ff. Mängel der Leistung 189[18]. — Entbehrlichkeit der Nachfrist, wenn die nachträgliche Erfüllung für den nichtsäumigen Theil kein Interesse hat 190. — Wahlrecht des nichtsäumigen Theils zwischen diesen Befugnissen 190[26]ff. Provokation zur Wahl durch den Gegner 109[29].

Verzug des Schuldners. Besonderheit bei Fixgeschäften 190ff., 192[17], Rechtsgewährleistung 195[16], Rückgabe des Empfangenen nach Ausübung des Rücktrittsrechts von einem Vertrage 200[27]ff., 205a. Verfall der Vertragsstrafe 216ff. Gesammtschuldverhältniß 381ff., 390[27]. Schuldv. auf untheilbare Leistungen 392, 395[27]. Verzug des Käufers 425ff., des Verkäufers 428[18]ff., 430—431, des Schenkers 514, des Beschenkten bei Erfüllung der Auflage 521ff., des Vermiethers 537ff., 540ff., 544ff., des Miethers 548b, bei Rückgabe der Miethsache 551a. Verzug des Darlehensschuldners 596[19]ff., des Rentenpflichtigen 606[28], 610[18], der Parteien des Dienstvertrags 652ff., des Unternehmers im Werkvertrage 683; des Verfassers 727, des Verlegers im Verlagsvertrage 732.

— Ende des Schuldnerverzugs durch Nachholung des Versäumten 156ff., durch Stundung und Aufhebung der Verpflichtung des Schuldners. Bedeutung der Endigung 156[3—4], 157[9 12] bes. bei gegenseitigen Verträgen. Herbeiführung des Gläubigerverzugs 157ff.

Viehwährschaft 446[17]ff., 476ff. Thiergattungen 477[6]. Verhältniß zu den gewöhnlichen Vorschriften 477[7]ff. Zusicherung besonderer Eigenschaften 477a, Garantie für gesund und fehlerfrei 478[20]. Arglistiges Verschweigen von Mängeln 477ff.[14—15]. Gattungskäufe 478[16]. Erkennbarkeit der Mängel 478[18].

Viehwährschaft. Hauptmängel, Haftung für 476, 479[26]. Nur innerhalb gesetzlicher Gewährfrist 478ff. Beginn der Gewährfrist 479a. Vertragliche Abänderung hinsichtlich der Mängel und der Gewährfristen 478[19]., 483. Uebernahme der Gewährleistung für andere Eigenschaften 478[22], 483.

— Erlöschen der Haftung mit Ablauf der Gewährfrist 479. Mangels rechtzeitiger Anzeige des in der Gewährfrist hervorgetretenen Mangels 480. Anzeigefrist, Form der Anzeige 480[30 31]ff.

— Ansprüche des Käufers 480[32] siehe Gewährleistung.

— Wandelung (s. dort). Besonderheiten: Untergang (Schlachten) des Thiers 480a. Verschlechterung (wesentliche, unwesentliche) 481. Oeffentliche Versteigerung des Thieres und Hinterlegung des Erlöses 481ff. c. Pflichten des Käufers und Verkäufers 481b. Anspruch auf Lieferung eines mangelfreien Thiers 482.

— Verjährung der Gewährleistungsansprüche 482[55—59]. Gewährschaftseinrede und Aufrechnung 482[60—62].

Vinkulirung von Inhaberpapieren 960[18].

Vorausklage, Einrede des Bürgen 881ff.

Vorbehalt bei der Erfüllung 232[9]; bei Annahme der Erfüllung 232[5].

Vorkauf 493. Obligatorisches und dingliches Vorkaufsrecht 493ff. Entstehung 494, 495[16]. Konstruktion 494[11]ff. Ausübung durch einseitige formlose Erklärung des Vorkäufers 495[15], 498[40]ff. Unübertragbarkeit ꝛc. 498a; Mehrheit der Berechtigten 498b. Sonstige Voraussetzungen: Verkauf des Objekts 495[17]ff. Schenkung, Tausch? 495[21]. Unschätzbare Nebenleistungen zum Kaufpreis 499ff. Antizipirte Theilung (Kindskauf), Zwangsvollstreckung 496c. Theilweiser Verkauf, Mengekauf 496d. Deckung des Vorkaufsverpflichteten gegenüber seinem Käufer. Verbotene Klauseln 496[23—24].

— Inhalt des Vorkaufsrechts: auf Mittheilung 497a. Frist für die Ausübung 497b. Entschlußfreiheit des Vorkäufers 498[40]. Verpflichtungen aus der Ausübung des Vorkaufsrechts 498ff. Verhältniß zum dritten Käufer 499[46—47]. In

wieweit der Vorkäufer dem Dritten bewilligte günstige Vertragsklauseln für sich in Anspruch nehmen darf? 499—500 a—c.
Vorläufige Entscheidungen, Vollstreckung 1043 ff.
Vormiethe 535 [48].
Vormünder, Haftung für Beschädigung durch ihre Pflegebefohlenen 1053.
Vorsatz 65 [18], Erforderniß für einzelne Delikte 1012 ff. Vorsätzliche unsittliche Schadenstiftung 1040 ff.
Vorverträge 166; Erfordernisse 167, besonders wenn das Hauptgeschäft an eine Form gebunden ist 167 [20] ff. Zulässige Unbestimmtheit des Inhalts 167 [17] ff. Hauptfälle 167 [23] ff.; bei Verträgen auf Rückgabe und Ausstellung von Werthpapieren 168. Draufgabe bei Vorverträgen 209 [11]. Abtretung der Ansprüche aus dem Vorvertrage 325 [13].

W.

Wahlrecht des Gläubigers bei gegenseitigen Verträgen, wenn die Gegenleistung durch einen vom Gegner zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist 183 ff. Erklärung 183 [50], Vollzug der Wahl 184. Provokation des Gegners auf Entscheidung 184 ff.
— Wahlrecht bei Nichtbewirkung der Leistung in der Zwangsvollstreckung 185 ff.
— Wahlrecht beim Leistungsverzug des Gegners im gegenseitigen Vertrage 187, 190 Ziff. 5. Bei Fixgeschäften 191 ff., 192 [19]. Zwischen Vertragsstrafe und Schadensersatz 218 ff. Zwischen den verschiedenen Gewährleistungsansprüchen, siehe Gewährleistung.
Wahlschulden 89 ff. Möglicher Kreis der Leistungsgegenstände 90 [2] ff., 95. Sonstige Alternativen 90. Einheit der Schuld 90 [7]. Sämmtliche Leistungen in obligatione 90 [6 8]. Gefahrtragung 90 [8]. Unterschied von geschuldeten Gattungssachen aus bestehendem Vorrath 46 ff. [7] und von Schuldverhältnissen mit alternativer Ermächtigung 91. Unterschied von mehreren wahlweisen Ansprüchen 91 [17].
— Konzentration durch Wahl 90, 91 [9 15]. Wahlberechtigung dritter Personen 92 [19]. Wahlrecht der einen Partei 92 [21]. Ausübung der Wahl 92 [22] ff. Mehrere Gläubiger oder Schuldner 92 ff. Befugnisse des nicht wahlberechtigten Theils bei verzögerter Wahl: des Schuldners 93, des Gläubigers 94; bei gegenseitigen Verträgen 94 ff. Klage unter Angebot der eigenen Leistung 95.
Wahlschulden. Erfüllung der einen wahlweise geschuldeten Leistung 95 ff. Wirkung als Wahlerklärung 96. Bewirkung beider alternativen Leistungen 96 [47], oder einer Leistung in der Meinung, nur zu dieser verpflichtet zu sein 96 [48].
— Unmöglichkeit der einen Leistung: ursprüngliche 96, 5 a, nachfolgende Unmöglichkeit 97 ff. Insbesondere bei Schuld und Wahlrecht des Verpflichteten 97 α, des Berechtigten 98 α; wenn der Gegner des Wahlberechtigten den Untergang verschuldet hat 98 β. Theilweise Unmöglichkeit 98 [61]. Zerstörung als Wahlerklärung? 98 [59].
Wandelung des Kaufs 445 [15] ff., 446 [21], 448, 449, 458 ff. Begriff 459. Vollzug der Wandelung 459 ff. Wandelungsvertrag 460 [9]. Wandelungsklage 460 [12] ff. Folgen der Wandelung 465 ff. Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen Zug um Zug 465 [62]. Untergang, Verarbeitung, Verschlechterung der zurückzugebenden Kaufsache 465 [63—70]. Wandelung bei mehrfachem Verkauf 466 [71—73]. Verzug der Rückgewähr des Kaufgegenstandes 466 [74—77]. Mehrheit der Parteien (Untheilbarkeit der Wandelung) 464, 466 [78]. Inhalt der Verpflichtung 467. Bei mehreren zusammen verkauften Sachen, von denen nur einige mangelhaft sind 467—469. Wenn ein Theil des Preises nicht in Geld besteht 469 [96] ff.
— Wahl zwischen Wandelung und Minderung 462 ff. Provokationsrecht des Gegners 468. Ausschluß der Wandelung bei Mehrheit der Parteien in Folge der Untheilbarkeit 464 γ, wegen des Flächenmaßes von Grundstücken 468 β, durch Verlangen von Schadensersatz wegen Nichterfüllung 471 ff., einer mangelfreien Sache bei Gattungskäufen 472 ff.
— Verjährung der Wandelung 473 ff. Beginn, Verlängerung, Unterbrechung

der Verjährung durch Antrag auf Beweisaufnahme 474. Gewährschaftseinrede 475[28]. Aufrechnung 476[26] ff.

Wandelung beim Viehhandel s. Viehwährschaft. — Beim Werkvertrag 684 ff., 686 ff. — Geltendmachung durch den Bürgen? 878[88].

Wechsel 907[14], 919[7], 962[16], 963[28], 964[36] ff., 966[68], 967[66], 969[87] ff., 971[10]; präjudizirter 17[15]; novatorische Funktion? 266, 270, 271[16]. Erwerb durch den Aussteller 317[8]. Begebung in Schenkungsabsicht 511[68] ff.; für Spielgeschäfte 832[19], 968[82]; aus unerlaubtem Schuldgrunde 966[55], 967[66], 968[82]. S. auch Orderpapiere.

Wegnahme von Einrichtungen 88 ff.

Weinkauf 208[2].

Werkführer, Verantwortlichkeit für Beschädigungen durch die Arbeiter 1052,3.

Werkvertrag 642, 675 ff. Geschichtliches 612[2]. Einfache und zusammengesetzte Werke, Dienst- oder Werkvertrag 675. Werkvertrag oder Miethe 678[25], Werkvertrag oder Verlagsvertrag 717[12]. — Gegenseitigkeit des Vertrags 676. Uebertragung der Werkherstellung an Dritte 676 ff. Haftung für Substituten und Gehülfen 677. Keine Subordination und Fürsorgepflicht 677[16—17]. Art der Thätigkeit 677 ff. Werkverträge des besonderen Rechts 678—680. Geschäftliche und nichtgeschäftliche Werke 680[43—45]. S. auch Geschäftsbesorgung. Vergütung, Vertragsabschluß. Schadensersatz bei Ablehnung vorher angetragener Thätigkeit 680.

— Pflichten des Unternehmers. Werkherstellung. Arbeitsgeräthschaften. Ungeschick 2c. 681. S. auch Geschäftsbesorgung. Lieferung des Stoffes, Zuthaten 681 ff. Eigenthum derselben 677[20], 682. S. noch Werklieferungsvertrag, irregulärer Werkvertrag. Rechtzeitige Herstellung, Verspätung 682—683, 688[74]. Mangelhafte Herstellung des Werks 684—688; s. Gewährleistung.

— Pflichten des Bestellers 688 ff. Abnahme des fertigen Werks 689 ff. Leistung der bedungenen Vergütung 690[13—15]. Besondere Aufwendungen des Unternehmers. Kostenanschlag 691. S. auch Geschäftsbesorgung. Entschädigung des Unternehmers für Zeitverlust wegen Säumniß des Herrn 691[21] ff.

Werkvertrag. Gefahrtragung für den Stoff 677[20], 695[5—7]; für das Werk 696 ff. Pflicht des Unternehmers zur Neuanfertigung des untergegangenen Werks 695 ff.[8—11]. Gefahrtragung bis zur Abnahme 696 ff. Probe, Vorbehalt, Versendung, Nichtabnahmefähigkeit des Werks 697. Annahmeverzug des Bestellers 698. Mängel des Stoffs. Theilweise Vollendung des Werks 699. Anweisungen des Bestellers 700[41]. Vernichtung des Werks durch Dritte, obrigkeitliches Verbot 2c. 700 b. Unvermögen des Unternehmers 701 c.

— Gesetzliche Pfandsicherung des Unternehmers 692 ff.; s. Pfandrecht.

— Beendigung der Vertrags durch Herstellung des Werks. Vorzeitige Sistirung, Kündigung 701—703. Schadensersatz wegen Verschuldens 702[11], 703[17].

Werkvertrag, irregulärer 705 ff.

Werklieferungsvertrag 703 ff.; über vertretbare 704, unvertretbare Sachen 705. S. Kauf, Werkvertrag.

Werthersatz als Entschädigung 72[19]. Kritischer Zeitpunkt der Berechnung 74 ff.

Werthpapiere 936, 961, 970 ff.

— Hinterlegung 279. — Haftung des Verkäufers von Werthpapieren 434; der Kaufleute für Aufbewahrung 744[25].

Wettbewerb, unlauterer 1030 ff. Geschichte. Verhältniß zum BGB. 1031. Unlautere Geschäftsreklame 1032 ff. Anschwärzung der Konkurrenz 1033 ff. Wahrnehmung berechtigter Interessen 1034[34]. Benutzung fremder Namens- und Waarenbezeichnungen 1034[35] ff. Quantitätsverschleierung 1034[40]. Verrath von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen 1034—1035.

Wette 15 ff., 831 ff. Totalisator 832[12]. Mangelnde Einforderbarkeit der Wettsumme 832 ff. Freiwillige Zahlung, Aufrechnung, Deposition der Wettsumme 833. Wette à coup sur 833[27]. Rechtsirrthum 833[28]. Wettassekuranz 848[19].

Widerruf der Schenkung 523, 526 ff.; des Darlehensvorvertrages 597; des Auftrags 626; der Auslobung (Preisausschreibung) 752 ff., 761[42]; des Kreditauftrags 892[19], der Anweisung 933.

Wiederkauf 488. Erklärung der Ausübung 488[4]ff. Form 489[8]. Gebundenheit des Wiederverkäufers 489[10]. Dauer des Rechts, wirthschaftliche Bedeutung 489. Wiederkaufspreis 489[14]. Schranken des Geschäfts 490. Obligatorischer Charakter. Vormerkung im Grundbuch 490[17—24]. Kontraktbruch 491[26].
— Verpflichtungen der Parteien 491ff. Untergang, Verschlechterung, wesentliche Veränderung des Objekts 491ff.[30—33]. Verwendungen 492a. Vertragliche Abweichungen 492[38]. Wiederkauf zum Schätzungswerth 492b. Mehrheit der Berechtigten 492[39].
Wiederverkaufsrecht 493.
Wildschaden, Entstehung, Geschichte der Haftung 1065. Schadenwild 1065ff. Wild in Gehegen 1066[6]. Inhalt, Umfang und Höhe der Haftung 1066[7—11]. Feststellung des Schadens, Verfahren 1065[4]. Ersatzberechtigter 1066[12]. Ersatzpflichtiger 1067. Bei Regelung des Jagdrechts unter Kleinbesitzern. Jagdgenossenschaften 1067[17]ff. Gemeindepflicht 1068. Verhältniß mehrerer Verpflichteter 1068[23] und b, 1071[26]ff. Regreß 1072ff.
Wirthe s. Gastwirthe.
Wohnungen, ungesunde 535[52], 545[45], 585[46].

Z.

Zahlung s. Erfüllung.
Zahlungseinstellung 243ff.
Zahlungshalber übernommenes Versprechen s. Erfüllungshalber.
Zahlungsmittel, Mangel an 35α, 123[12]ff., 136; Ausbleiben der Leistung aus anderen Gründen 123[15].
Zahlungssperre bei Inhaberpapieren 955[21]ff. Bedeutung für Zahlung und Ausgabe neuer Zins- und Erneuerungsscheine 955[24]ff. Bedingung für Vorlegungsfrist und Verjährung 952β, 953[79]. Aufhebung 953[29—32]. Bei Legitimationspapieren 974[34]ff. Nicht bei Orderpapieren 969[91].
Zahlungsstatt, Gerichtliche Ueberweisung von Forderungen an Zahlungsstatt 320ff. Insolvenz des Drittschuldners 320[7]. Nebenrechte der Forderung 321[5].
Zahlungsunfähigkeit 242ff.; von Mitschuldnern 369[4]ff., Gesammtschuldnern 381[25], 384[49].
Zeichnung von Anleihen 945[10].
Zinsen 55ff. Gegensätze 56ff. Entstehungsgründe 57ff. Natur der gesetzlichen Zinsen 57b. Hauptfälle 58ff. Verzinsung der Ersatzsumme 58[22], 75. Beeinflussung der Zinspflicht durch die Hauptforderung 59,3. Sicherung der Zinsen durch Pfand, Bürgschaft 59[28]ff. Mangel der Hauptforderung 59ff. Bei Werthpapieren 60[32—33]. Selbständigkeit des Zinsanspruchs nach Verfall der Zinsen 60. Bemessung der Zinsen 61ff. (s. Zinsfuß). Zinsbeschränkungen 61[47], 62[53]ff. Kapitalisirung von Zinsen 62[54]ff. Diskontberechnung 113, ohne Zinseszins 114.
— aufgewendeter Geldbeträge 84[109]ff.; Prozeßzinsen 133; Verzugszinsen 141; Wegfall der Zinspflicht im Annahmeverzug 154; Zinsen zu restituirender Geldsummen nach Rücktritt vom Vertrage 201[38]; nach Abtretung der Forderung 336[5]; des Kaufpreises 422, bei der Wandelung 467, bei Wiederkauf 491[29]; der zurückzugebenden ungerechtfertigten Bereicherung 1008[35], 1010[60]ff.; der Ersatzsumme aus unerlaubten Handlungen 1084b.
Zinseszins 62ff., 114[43].
Zinsfuß 61, gesetzlicher 62.
Zinsscheine 949[44]ff.; nach Erlöschen der Hauptforderung 950. Zinsanspruch ohne Schein. Erlangung neuer Scheine 950[58]ff. Vorlegungsfrist 951[65]. Keine Neuausgabe während Zahlungssperre 955[25]. Ausschluß der Kraftloserklärung 956b; Folgen des Verlustes 956—957.
Zufall 116, 119, 120ff., 122, 123[11]ff.
— Zufällige Unmöglichkeit der Leistung im Verzuge des Schuldners 142ff., bei herauszugebender ungerechtfertigter Bereicherung 1006ff., 1010, bei deliktisch entzogenen Sachen 1084. S. auch Gefahrtragung, Untergang, Unmöglichkeit.
Zug- um Zugleistung als Regel bei gegenseitigen Verträgen 172.
Zusammengehörigkeit von Leistungsgegenständen 36[33]ff., 79[66], 178[14], 468ff., 470, 496[39].
Zusammenrottungen 1014[25], 1040[46].
Zustandsobligationen 7[28]; Einwendungen gegen dieselben 8.

Zwangsmittel 18[3], 19.
Zwangsvergleich 115c, 313ff. Voraussetzungen: Würdigkeit des Gemeinschuldners 313ff. [36 41]; Mehrheit der zustimmenden Gläubiger 314[43—47]. Gleichheit der Rechte 314[48]. Bestätigung des Konkursgerichts 314ff. Versagung von Amtswegen und auf Antrag 315. Stimmenkauf, Verletzung des Gesammtinteresses der Gläubigerschaft 315[51—53]. Wirkung für die Gläubigerschaft und Dritte. Zahlungspflicht des Gemeinschuldners 315ff. Rücktritt, Anfechtung 2c. 316. Nichtgedeckter Schuldenrest 16[8].
Zwangsversteigerung von Grundstücken. Uebernahme von Pfandlasten auf den Steigpreis 363ff. Austreibung von Miethern und Pächtern? 571ff.
Zwangsverwalter 645[34].
Zwangsvollstreckung 259ff. Reihenfolge 260[5]. Beschränkungen 115b, 260[7]ff.; s. auch Unpfändbarkeit, Moratorien, Nothbedarf.
— in Wahlschulden bei verzögerter Wahl des Schuldners 93, 95.
— Uebergang auf Schadensersatz in der Zwangsvollstreckung 129ff. Bei gegenseitigen Verträgen 185ff.
— Abfindungsrecht des Dritten am Gegenstand der Zw. Berechtigten, und Subrogation 100ff., 345[17].
Zweikampf 1018[30].
Zwischenzins 113. Berechnung 114.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 21 Note * ist hinzuzufügen: Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse (1902).
S. 117 Note 7. Es ist zuzusetzen: Brückner, Haftung für das rechtswidrige Verhalten Anderer, insbesondere der Vertreter und Gehülfen (1901).
S. 149 Note 32 lies: Oertmann § 293 Note 3 (Ertheilung von Unterricht). In § 644 Note 3 nähert Verfasser sich der hier vertretenen Ansicht.
S. 179 Note 16 ist zuzusetzen: Francke, Beweislast hinsf. des Umfangs der Minderung in d. Bl. f. Rechtsanw. Bd. 66 S. 133.
S. 181 Note 41 ist zuzusetzen: Zustimmend mit ausführlicher Begründung jetzt auch Kisch in Ihering's Jahrb. Bd. 44 S. 68ff.
S. 200 Note 21 sind nach dem ersten Citat die Worte:
Enneccerus § 188 Ziff. II und die Mehrzahl der Kommentare auf Grund einiger in das Gesetz nicht übergegangener Bemerkungen der Protokolle (vgl. dazu unten § 181 Note 5)
ausgefallen.
S. 200 Note 25 ist zuzufügen: S. auch Entsch. d. RG. B. 49 S. 40.
S. 263 Note 15. Endemann hat in der neuen Auflage seine Meinung geändert.
S. 332 Zeile 7 v. o. lies: das Gläubigerrecht des Cessionars (statt Cedenten).
S. 424 Note 32 ist zuzusetzen: Insbesondere sind die beim Vertragsschluß noch nicht individuell bestimmten Waaren regelmäßig an dem zu dieser Zeit bestehenden Wohnsitz 2c. des Käufers abzunehmen. Entsch. des RG. B. 49 S. 72ff.
S. 613 Note 6 ist zuzusetzen: Wieder anders bestimmt den Begriff der Geschäftsbesorgung Lenel in Ihering's Jahrb. Bd. 44 S. 31.
S. 623 Note 13 ist zuzusetzen: Staub, Rath, Empfehlung, Auskunft im österreich. Centralbl. f. jur. Praxis Bd. 19 S. 278.
S. 632 Note 20 ist in Zeile 2 das Wort „aber" zu streichen.
S. 665 sind die Notenzeichen 38 und 39 verwechselt.
S. 695 Note 25 ist zuzusetzen: und neuestens die Entwürfe eines Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen (1901). S. dazu Oertmann im Archiv f. bürg. Recht Bd. 20 S. 252.
S. 893 letzte Zeile des § 299 lies: des Kreditnehmers (statt Kreditunternehmers).
S. 989 Note 34 ist zuzusetzen: S. auch Entsch. d. RG. B. 49 S. 50.
S. 995 Note 3 vorletzte Zeile lies: S. schon oben § 317 zu Note 19 (statt § 137).

Ex N.Y.L.
2-26-04